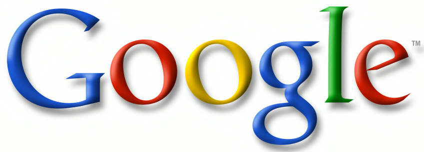


Netherlands

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE.
OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

3e Deel.

Derde naar aanleiding van de wet van 1896 nº. 103 herziene druk.

BOEKHANDEL EN DRUKKERIJ
VOORHEEN
E. J. BRILL.
LEIDEN — 1901.

HET

NEDERLANDSCHE BURGERLIJK

PROCESRECHT

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE.
OUD-HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

3e Deel.

Derde naar aanleiding van de wet van 1896 no. 103 herziene druk.

BOEKHANDEL EN DRUKKERIJ,
VOORHEEN
E. J. BRILL.

LEIDEN. — 1901.

INHOUD VAN HET DERDE DEEL.

HOOFDSTUK VII.

INCIDENTEN.

AFDEELING I.

Incidenten in het algemeen.

AFDEELING II.

Incidenteele vorderingen.

AFDEELING III.

Incidenten door het voorstellen van exceptiën.

AFDEELING IV.

Incidenten die de beslissing uitsluiten.

AFDEELING V.

Incidenten in verband staande met den staat der partijen en de procureurs.

AFDEELING VI.

Incidenten betrekking hebbende op de rechters of het gerecht.

AANWIJZING

DER BLADZIJDEN WAAROP DE ARTIKELEN DER VETSCHILLENDE WETTEN EN WETBOEKEN IN HET DERDE DEEL AANGEHAALD WORDEN.

Grondwet (1815.)

Grondwet (1848.)

Grondwet (1887.)

Wet op de rechterlijke organisatie.

Wet van 1898 n°. 93 bl. 19.

Reglementen ter voldoening aan Art. 19 R. O.

Reglement n°. 1.

Reglement n°. 3.

Kon. Besl. 1 Juni 1879 n°. 107.

Wet houdende algemeene bepalingen van wetgeving.

Burgerlijk Wetboek.

Burgerlijk Wetboek.

Art. 1401 bl. 233, 261, 282.
„ 1491 „ 126.
„ 1528 bl. 70.
„ 1532 „ 71.
„ 1538 „ 70, 71.
„ 1539 „ 79.
„ 1540 „ 71.
„ 1570 „ 72.
„ 1571 „ 72.
„ 1572 „ 72.
„ 1573 „ 72.
„ 1581 „ 71.
„ 1594 „ 67, 71, 95.
„ 1662 „ 71.
„ 1702 „ 214.
„ 1830 „ 155.
„ 1834 „ 227.
„ 1838 „ 227, 247.
„ 1843 „ 72, 227, 237.
„ 1844 „ 228, 232.
„ 1850 „ 195, 202.
„ 1852 „ 195.
„ 1855 „ 195.
„ 1867 „ 116.
„ 1876 „ 61.
„ 1880 n°. 1 „ 75.
„ 1888 „ 181.
„ 1902 „ 118.
„ 1954 „ 42, 124.
„ 1962 „ 187.
„ 1971 „ 231.
„ 1977 „ 184.
„ 1987 „ 161.
„ 1989 „ 63.
„ 1991 „ 165.
„ 2018 „ 144, 170.
„ 2029 „ 144.

Wetboek van Koophandel.

Art. 12 bl. 184.
„ 70 „ 72.
„ 108 „ 75.
„ 146 „ 75.
„ 163 „ 73.
„ 186 „ 75.
„ 389 „ 9.
„ 813 (*oud*) „ 203.

Faillissements-wet.

Art. 25 bl. 203.
„ 26 „ 204.
„ 27 bl. 206, 211.
„ 28 „ 205.
„ 29 „ 204.
„ 30 „ 206.
„ 122 „ 175, 204, 282.
„ 150 „ 282.
„ 152—155 „ 64.
„ 185 „ 282.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Art. 4 n°. 6. bl. 198.
„ 5 „ 89.
„ 7 „ 281.
„ 16 „ 264.
„ 19 „ 173, 175, 178, 181.
„ 30 (n°.3 1884 n°. 94) bl. 255, v. 267.
„ 31 „ 276, 277.
„ 32 „ 264, v.
„ 33 „ 265, 268 v. v.
„ 34 „ 268, 272.
„ 35 „ 268.
„ 36 „ 268, v. 273.
„ 37 „ 126, 221, 268, 271.
„ 38 „ 265, 273.
„ 39 „ 273.
„ 40 „ 275.
„ 41 „ 279, v.
„ 42 „ 268, v.
„ 43 (*oud*) „ 261, 266, 270.
„ 46 „ 29.
„ 49 „ 179, v. v. 183, 245.
„ 51 „ 10, 12, 13.
„ 53 n°. 8 „ 10, 13, v.
„ 56 „ 14, 123, 274.
„ 66 „ 179. 185.
„ 68 „ 73, 77, 83, 89, 100. 103, 123, 130.
„ 69 „ 87.
„ 70 „ 67, 71, 73, 86 v.v. 91.
„ 71 „ 91, v. v.
„ 72 „ 39, 73, 94, v. v.
„ 73 „ 90, 101.
„ 74 „ 81, 82, 99.
„ 75 „ 122, 66, 205, 225.
„ 76 „ 90, 212.
„ 79 „ 55, 167.
„ 89*a* „ 90.
„ 99 „ 151.
„ 103 „ 184.
„ 110 „ 170.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Internationale overeenkomst goedgekeurd bij de wet van 31 December 1897 n°. 275.

Wetboek van Strafvordering.

Wetboek van Strafrecht.

Tarief van justitiekosten in burgerlijke zaken.

Wet van 23 April 1879 n°. 75 tot wijziging der regeling van de kosten in burgerlijke zaken en van de bevoegdheid der procureurs tot het bepleiten dier zaken.

Wet van 3 October 1843 n°. 47 op het recht van zegel.

Wet van 14 Januari 1815 n°. 4 houdende bepalingen op de inschrijving van kapitalen in het nieuwe grootboek der nat. schuld.

Wet van 26 Mei 1841 n°. 14 houdende nadere bepalingen nopens consignatie van effecten aan toonder, enz.

Wet van 22 April 1855 n°. 32 tot regeling en beperking der uitoefening van het recht van vereeniging en vergadering.

Wet van 1869 n°. 124.

Wet van 12 December 1892 n°. 268 op het Nederlanderschap en het ingezetenschap.

VERBETERINGEN.

Blz.	42 r. 17 v. b.	*staat*	676	*lees*	376.
„	113 r. 7 v. b.	„	dien	„	den.
„	123 r. 4 v. b.	„	55	„	56.
„	164 r. 1 v. o.	„	221	„	281.
„	268 r. 10 v. o.	„	34,36	„	34, 35, 36.
„	271 r. 3 v. o.	„	Wet vau	„	Wet van 3 October 1843.

NB. In Dl. II behoort op bl. 233 r. 15 v. b. na 5094 te worden ingevoegd: De nieuwe leer wordt bestreden door Prof. HAMAKER in Weekblad v. privaatrecht enz., van 26 Januari, 2 en 9 Februari 1900 nrs. 1622, 1623, 1624.

L. S.

Toen ik, met de uitgave van het Vijfde Deel van het Nederlandsche burgerlijk procesrecht, de laatste hand had gelegd aan het werk, hetwelk ik mij had voorgesteld aan onze burgerlijke rechtsvordering te wijden, meende ik van den mij zich voortdurend zoo goedgunstig betoond hebbenden Lezer afscheid te kunnen nemen.

Bij den spoedig noodzakelijk geworden tweeden druk van dat Vijfde Deel mocht ik dankbaar mijn afscheidsgroet herhalen.

Ik had mij gevleid dat ik, door in dat Deel, waar zich de gelegenheid daartoe aanbood, ook de wijzigingen te bespreken, welke het wetboek ten aanzien van de rechtspleging in eersten aanleg, met name bij de wet van 1896, had ondergaan, mijn werk tevens met opzicht tot de rechtspleging in eersten aanleg voldoende had bijgewerkt.

Spoedig zag ik evenwel in dat daarmede toch het tweede en derde deel veel bleven inhouden wat niet meer was van dezen tijd en dat daarin instellingen, wetsbepalingen en rechtsvragen werden behandeld welke, door de veranderde wetgeving, om zoo te zeggen, incourant waren geworden.

Daarvan moest wel het gevolg zijn dat, al kon dat gedeelte van mijn werk, tot op zekere hoogte bruikbaar blijven voor hen die ook onder de wetgeving in haar vorigen toestand hadden gewerkt, die bruikbaarheid steeds minder moest worden, naarmate grooter werd het aantal juristen, die onder de gewijzigde wetgeving hunne studiën of hunne praktische werkzaamheid aanvingen.

Indien ik derhalve mijn nog kort te voren voleindigd werk niet onbruikbaar wilde zien verklaren, moest het noodzakelijk met de veranderde wetgeving in overeenstemming worden gebracht. In de eerste plaats gold dit deel II en III.

Immers deel V werd door mij, in verband met de veranderde wetgeving bewerkt. Van deel IV heb ik ook het tweede stuk, althans den tweeden druk daarvan, met de wet van 1896 in overeenstemming kunnen brengen, terwijl ik in het eerste stuk, waar het pas gaf, van het toen aanhangig Ontwerp-Hartogh melding maakte, terwijl er bovendien in belangrijke tot dat eerste stuk behoorende onderwerpen, zooals het onderzoek naar de echtheid of valschheid van geschriften, geene wijziging gebracht werd.

Maar de deelen II en III hadden voor het grootste gedeelte eene omwerking noodig. De veranderingen daarin aan te brengen konden bezwaarlijk in een supplement op den daarvan uitgegeven derden en tweeden druk worden gegeven. Dit, geloof ik, zou wel met het 1e deel kunnen geschieden. Hieraan kwam het mij evenwel voor dat geene althans geen dringende behoefte bestond.

Zoo heb ik mij dan beijverd om een vierden druk van Dl. II en een derden druk van Dl. III, naar aanleiding van de wet van 1896 Staatsbl. nº. 103, in gereedheid te brengen. Dat ik van de gelegenheid gebruik heb gemaakt om ook hier of daar eene aanvulling of verbetering aan te brengen, spreekt van zelf.

Ik mag alzoo het voorrecht hebben thans de twee herziene deelen aan het rechtsgeleerd publiek aan te bieden. Tot mijn genoegen vond ik de H.H. Uitgevers bereid mij dit mogelijk te maken en tevens door de voorwaarden van uitgaaf hunnerzijds mede te werken, dat de aanschaffing der herdrukte deelen, na reeds zoo menigen herdruk, minder bezwarend werd.

V. B. F.

WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

Al zoodanige gevallen, als hier bedoeld, worden met de algemeene benaming van incidenten aangeduid.

Soorten. Zij kunnen tot twee hoofdgroepen worden teruggebracht.

Overzicht en groepeering. Tot de eerste behooren dan die vorderingen welke in den loop van een reeds over eene andere vordering aanhangig geding worden ingesteld, hetzij alleen een aanhangig geding tot hare instelling aanleiding kan geven, hetzij zij ook het voorwerp eener zelfstandige behandeling kunnen zijn; m. a. w. hetzij het aanhangig geding de oorzaak of de aanleiding van de incidenteel ingestelde vordering is. Zij maken als incidenteele VORDERINGEN eene bijzondere groep der incidenten uit.

Tot deze incidenteele vorderingen behooren: de provisioneele vorderingen, welke om hare strekking van zelf incidenteel worden ingesteld (Cf. art. 824). Voorts behooren daartoe vorderingen, welke naar aanleiding of in verband met eene reeds aanhangig gemaakte worden ingesteld, met name reconventioneele vorderingen en vorderingen tot vrijwaring.

Gelijk de laatstgenoemde een geding tegen een derde buiten de oorspronkelijke partijen doen ontstaan, kan ook een derde incidenteel zijne rechten doen gelden door tusschenkomst of voeging.

Eindelijk kan nog in 't bijzonder daartoe gebracht worden de vordering tot zekerheidstelling voor de kosten van het geding.

Aan deze incidenten, die meer bepaaldelijk den naam van incidenteele vorderingen verdienen (verg. de begripsbepaling van rechtsvordering in D. I § 29) zijn nauw verwant die waartoe de verdediging aanleiding kan geven door de afzonderlijke voordracht van exceptiën.

De tweede hoofdgroep der incidenten bestaat uit maatregelen van procedure, welke door den rechter bevolen, in den regel door partijen gevraagd worden. Daarbij is echter geen sprake van vorderingen, die erkenning van recht of veroordeeling beoogen en onmiddellijk tegen de tegenpartij zijn gericht, maar van verzoeken aan den rechter die, al is het op 't initiatief van partijen, het proces leidt en van wien partijen alleen oneigenlijk gezegd kunnen worden iets te vorderen.

Meerdere van zoodanige incidenten kunnen ten gevolge hebben, dat de beslissing des rechters wordt uitgesloten of voorkomen. De afstand en het vervallen van de instantie mogen aan het geding voorshands een einde maken, zij staan aan zijn natuurlijken, regelmatigen afloop

in den weg en laten eene hernieuwde instelling van den eisch open. De minnelijke schikking door den rechter tusschen partijen beproefd verwikkelt aanvankelijk het geding, al kan zij tot oplossing daarvan leiden en eene beslissing onnoodig maken. Met laatstgenoemd incident is de verschijning van partijen voor den rechter nauw verwant.

De incidenten, tot de tweede hoofdgroep behoorende, kunnen ook het gevolg zijn van verandering in den staat der partijen of van hare procureurs (schorsing en hervatting van het geding) of van handelingen der procureurs waar hunne gerechtelijke verrichtingen eene ontkentenis van de partijen gezegd worden uit te lokken.

Wanneer voorts partijen bezwaar hebben tegen de rechters, zoodat zij deze wraken of wanneer het gerecht, tot rechtspraak geroepen, daartoe niet in staat is en alzoo eene verwijzing naar een ander gerecht moet plaats hebben, of wel zg. geschillen van jurisdictie ontstaan, zullen zich ook incidenten voordoen, terwijl de rechter in 't bijzonder daartoe aanleiding kan geven door zich aan rechtsweigering schuldig te maken.

Eindelijk levert niet het minst het door partijen te leveren bewijs, de bewijsvoering, de stof van incidenten, welke den loop van het geding noodzakelijk vertragen omdat de rechter veeltijds alleen langs dezen weg in staat zal zijn over het aan zijn oordeel onderworpen geding met kennis van zaken uitspraak te doen.

Dit algemeen overzicht der te behandelen incidenten moge al dadelijk eenig inzicht geven in de verwikkeling waaraan een geding kan blootstaan; de groepeering, die soortgelijke bij elkander brengt, kan het overzicht gemakkelijk maken en eene zekere orde voor de behandeling aangeven.

De gemeenschappelijke benaming van incidenten, aan deze in inhoud en strekking zoo verschillende en uit zoo verschillende voorvallen ontstane procedures gegeven, is aan hun formeelrechtelijk karakter, dat zij zich nl. in aanhangige gedingen voordoen, ontleend. Gemeenschappelijke voor allen als zoodanig geldende regelen van materieel recht zijn er niet en zoo zal iedere groep of ieder incident in 't bijzonder, voor zooveel noodig, uit het materieelrechtelijk oogpunt worden besproken. Doch de incidenten zijn ook niet aan zoodanige algemeene voor hen. gemeenschappelijke regelen van

procedure onderworpen, die tot eene opzettelijke en afzonderlijke behandeling aanleiding geven. De wet brengt dit althans niet mede. Al wordt in eene der afdeelingen van den III^en titel van het eerste Boek van incidenteele vorderingen gehandeld (afd. 10), en al geeft de toelichting daarvan indertijd gegeven aanleiding tot de onderstelling, dat de wetgever hier algemeene regels dacht te stellen voor alle incidenten, in zooverre hij ze niet aan bijzondere bepalingen onderwierp, — uit inhoud en strekking der artikelen in afd. 10 voorkomende en hunne overeenstemming met die van den franschen Code betreffende de DEMANDES incidentes (P. I. L. II. tit. 16. § 1.) blijkt, dat deze bepalingen eigenlijk voor een zeer bijzondere soort van incidenten geschreven werden. Men had daarbij nl. vooreerst het oog op incidenteele vorderingen en van deze meer bepaaldelijk de zoodanige, welke als nieuwe vorderingen in het reeds aanhangig geding werden gebracht en die, wanneer zij niet, als de reconventioneele, van den verweerder uitgingen (waarover onze wetgever in 't bijzonder handelt: afd. 11), vooral bestonden in vermeerdering van den oorspronkelijken eisch met daarmede in verband staande vorderingen. Het instellen van deze laatste wordt echter bij ons door art. 134 uitgesloten. Verg. de Memorie van toelichting op B. II. tit. II. van het Ontwerp W. v. B. R. (uitg. Belinfante) I. bl. 137 en hierboven D. II. bl. 93. Terwijl nu daaruit eene bepaling als van art. 248 zich wel laat verklaren, maar de algemeene toepassing daarvan door haren inhoud zelven wordt uitgesloten, zijn de overige bepalingen van de 10de afdeeling op de behandeling van incidenten slechts dan toepasselijk wanneer daarvoor in bijzondere gevallen geene bijzondere bepalingen gemaakt zijn. Dit zal bij de behandeling der incidenten in 't bijzonder nader blijken. Men kan alzoo eigenlijk niet zeggen, dat in het wetboek de incidenten in het algemeen behandeld worden, maar wel dat men daarin onder verschillende benamingen, incidenteele procedures geregeld vindt.

Met opzicht tot de in den tekst voorkomende groepeering dient opgemerkt, dat de zg. ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen wel is een incident, dat betrekking heeft op de procureurs en uit dien hoofde met dat betreffende de verandering in den staat der partijen en de procureurs (schorsing en hervatting van het rechtsgeding) onder ééne groep kan gebracht worden, doch overigens en met het oog op haren inhoud behoort die ontkentenis eer tot

de incidenteele vorderingen dan tot de maatregelen van procedure. Zie § 90.

Naar aanleiding van deze groepeering zullen de incidenten het onderwerp van de volgende afdeelingen van dit Hoofdstuk uitmaken: **Orde van behandeling.**

Afdeeling II. Incidenteele vorderingen.
„ III. Exceptiën.
„ IV. Incidenten die de beslissing uitsluiten of voorkomen.
„ V. Incidenten betrekking hebbende tot den staat der partijen of tot de procureurs.
„ VI. Incidenten betrekking hebbende op de rechters of het gerecht.

De incidenten betrekking hebbende tot de bewijsvoering, welke in deze volgorde in de derde plaats hadden kunnen worden opgenomen, zullen met de leer van het bewijs zelve het onderwerp van het VIIIe hoofdstuk uitmaken. Zie Dl. IV.

In den Code de procédure, waarvan het eerste en tweede boek aan de rechtspleging in eersten aanleg is gewijd, (Livre I de la justice de paix; Livre II des tribunaux inférieurs) wordt van sommige incidenten in beide boeken gehandeld. In B. I. tit. 6 over vrijwaring; tit. 7: getuigenverhoor; tit. 8: gerechtelijke plaatsopneming; tit. 9: wraking van rechters. De onderwerpen van tit. 6 en 9 behooren alzoo tot wat ik tot den inhoud van dit VIIe hoofdstuk heb gebracht. In B. II komen de exceptiën voor in tit. 9, waaronder de zekerheidstelling en de vrijwaring. De incidenten betreffende de bewijsvoering maken het onderwerp van tit. 10—15 uit; terwijl de 16e titel onder het opschrift des incidents in § 1 enkele bepalingen bevat des demandes incidentes en in § 2 handelt de l'intervention. Tit. 17 en 18 hebben betrekking op incidenten betrekkelijk tot de partijen en de procureurs; tit. 19, 20 en 21 op incidenten met den rechter of het gerecht in verband staande. Tit. 22 en 23 behandelen het vervallen en den afstand van de instantie (Verg. de hierboven aangewezen IVe afd.).

Terwijl bepalingen over sommige incidenteele vorderingen in ons Wetboek evenals in het fransche in verband met andere onderwerpen voorkomen, vinden we bij ons onder de algemeene bepalingen van tit. I

van B. I., in afd. 3, over de wraking des rechters en in afd. 5 over de vrijwaring gehandeld. In tit. II komen enkele bepalingen over sommige incidenten betreffende de bewijsvoering voor, terwijl ten aanzien van de andere in art. 125 naar tit. III wordt verwezen. Van dezen laatsten titel behoort afd. 3 (van voorloopige verzoeken en exceptiën thans luidende: van voorl. verzoeken en van de exceptie van onbevoegdheid) gedeeltelijk tot het onderwerp van de IIe afd. van ons VIIe hoofdstuk, met name de vordering tot zekerheidstelling en overigens tot het onderwerp van onze IIIe afdeeling; afd. 5 tot en met 9 betreffen de bewijsvoering. Afd. 10 schijnt, gelijk ik reeds opmerkte, onder 't opschrift van incidenteele vorderingen, algemeene bepalingen daarover te bevatten, afd. 11 behandelt de reconventie, afd. 12 en 13 slaan op de incidenten met den staat van partijen en de procureurs in verband staande, afd. 14 op de incidenten betreffende de gerechten, afd. 15 en 16 behandelen den afstand en het vervallen van de instantie, terwijl eindelijk afd. 17 voeging en tusschenkomst regelt, waarover in onze eerstvolgende afdeeling zal gehandeld worden.

In een duidelijker systematisch verband en eene logische volgorde worden de incidenten behandeld in het Ontwerp W. v. B. R. II B. tit. 2. Zie de beweegredenen daarvan in de Toelichting Dl. I bl. 137. Doch het opschrift: van incidenteele VORDERINGEN, schijnt mij daar te beperkt. Beter zou 't mij voorkomen de in dien 2den titel behandelde onderwerpen onder de meer algemeene benaming van incidenten saam te vatten. Al kunnen er goede redenen worden aangevoerd, waarom de ontwerper enkele der door mij in dit Hoofdstuk tot de incidenten gebrachte onderwerpen daarvan heeft uitgesloten en in een ander verband behandeld, geloof ik toch dat de aanleg van dit werk den omvang aan het onderwerp der incidenten gegeven rechtvaardigt.

AFDEELING II.

INCIDENTEELE VORDERINGEN.

§ 78. PROVISIONEELE VORDERINGEN.

Wat het zijn. Onder provisioneele vorderingen zijn die vorderingen te verstaan, welke strekken om iets te geven, te doen of niet te doen voor den duur van het geding of gedurende den loop daarvan.

Ik gaf deze bepaling van de provisioneele vordering in § 30, bij gelegenheid dat ik, bij de behandeling van de onderscheidingen der actiën, wees op die welke, in verband met het voorwerp van den eisch, de provisioneele vorderingen stelt, tegenover de principale. Ofschoon de wetgever deze vorderingen in art. 140 n⁰. 2 (oud) voorloopige vorderingen noemde, komt het mij voor dat, èn omdat het nederlandsche woord het begrip niet duidelijk teruggeeft, èn omdat de praktijk voortdurend van provisiën spreekt, de benaming van provisioneele vorderingen de voorkeur verdient. Als nederlandsche uitdrukking ware vordering bij voorraad te gebruiken en daartoe konden art. 617 B. W. en art. 348 n⁰. 3 B. R. aanleiding geven. Voorzieningen en beslissingen bij voorraad zijn echter meer bepaaldelijk die, welke de president geeft vooral in kort geding.

Met opzicht tot het bijzonder karakter dezer vorderingen verwijs ik naar de aangehaalde § 30 (I bl. 225 en 226). Ofschoon ik daar met instemming aanhaalde de opmerking van den heer KAPPEIJNE, waaruit volgt dat de bevoegdheid tot het instellen eener provisioneele vordering niet beperkt is tot de gevallen in de wet vermeld, omdat de wetgever het onderwerp niet opzettelijk regelt en derhalve de onderscheiden gevallen niet bij zulk eene gelegenheid opnoemt, maar daarvan gewaagt bij de behandeling van gevallen die tot het instellen van eene provisioneele vordering meer bepaaldelijk aanleiding geven, zoo blijf ik toch ook van meening dat, buiten de in de wet aangewezen gevallen, provisioneele vorderingen alleen kunnen te pas komen, wanneer zij de strekking hebben om het een of ander toegewezen te zien voor den loop van het geding, wat bij alle in de wet behandelde gevallen voorkomt. Het komt mij voor dat, wanneer het karakter van spoedeischend door sommigen hier ten onrechte wordt gevorderd, dit met de oudere opvatting van de matières provisoires, zooals die voorkomt bij JOUSSE op tit. XVII der Ord. en waarbij de provisioneele ten uitvoerlegging op den voorgrond stond, verband houdt. Verg. I § 32 a. h. e. De op de provisioneele toewijzingen toepasselijk verklaarde voorloopige tenuitvoerlegging staat nu echter niet daarmede in verband dat de beslissing op zich zelve spoed eischt, maar dat zij gedurende den loop van het geding haar beslag moet krijgen. Van eene voorloopige uitkeering van datgene wat gevorderd wordt of met het oog op datgeen wat gevorderd wordt, zooals dat

door MERLIN en andere fransche rechtsgeleerden wordt aangenomen en ook in het ontwerp van 1820 art. 3252, 3256, wordt toegestaan, mag geen sprake wezen. Wanneer iemand aanspraak maakt op eene erfenis, dan is hij niet bevoegd te vorderen dat hem bij voorraad een gedeelte van die erfenis of een bepaalde som tot onderhoud worde uitgekeerd, gelijk MERLIN meent. Evenmin gaat het aan met BONCENNE aan een behoeftige partij aanspraak op eene voorloopige uitkeering uit het voorwerp van het proces, hetzij tot onderhoud, hetzij tot voorziening in aan te wenden proceskosten toe te kennen of met RODIÈRE den rechter te vergunnen om aan den schuldeischer die niets heeft, door den gedaagde een zeker gedeelte van het gevorderde, behoudens teruggave na einduitspraak, te doen uitkeeren. Dit moge in de oude praktijk hebben gegolden en FABER (aangeh. bij MERLIN) moge geleerd hebben dat het den rechter vrijstaat „actori consulere ne inopia et litem et vitam deserere cogatur,'' voor het eene staat de kostelooze procedure, voor het andere de bijzondere en de openbare liefdadigheid open, maar de rechter heeft geen beschikking over het voorwerp van 't proces, noch over de beurs van den gedaagde. Hij is geroepen het geschil te beslissen, maar nergens is hem de bevoegdheid gegeven om ten aanzien van het onderwerp des geschils te beslissen op zoodanige wijze dat hij niet uitspreekt wat recht is, maar wat te dien aanzien zal gelden, onderwijl hij naar het recht zoekt. Die macht des rechters zou eene uitdrukkelijke bepaling vorderen; zij ligt niet opgesloten in de macht des rechters zooals die uit de bestaande wettelijke bepalingen voortvloeit. Al moge het nog zoo waarschijnlijk zijn dat de eischer gelijk zal krijgen, al is zijne vordering door een geldigen titel gestaafd, het is niet in dien zin dat het „provision est due au titre'' mag worden toegepast. De enkele bepalingen, waarin eene vordering tot uitkeering van het verschuldigde of gedeelte daarvan bij provisie wordt toegekend, zijn van zóó bijzonderen aard dat zij tot andere geene uitbreiding toelaten. In het geval van art. 792 wordt wel aan hen, aan wie rekening gedaan wordt, de bevoegdheid toegekend om te vorderen dat, gedurende de geschillen over de rangregeling, het saldo der rekening in de kas der gerechtelijke consignatiën worde overgestort, maar hier is geen sprake en kan ook geen sprake zijn van voorloopige uitkeering aan de rechthebbenden, dewijl deze onderling over het aan elk hunner toekomend bedrag geschil hebben. Volgens art. 774 evenwel, kan hij aan wien de rekening gedaan wordt van den rechter-commissaris een bevelschrift vorderen

tot uitbetaling van het batig saldo zonder dat hij daardoor geacht wordt de rekening te hebben goedgekeurd. Voorts is de eigenaar van een schip of de boekhouder der reederij verplicht, om, in geval er geschil ontstaat over de door den schipper af te leggen rekening, aan dezen bij provisie te voldoen de hem toekomende gagie, onder borgtocht voor de teruggave, (art. 389 W. v. K.), terwijl eerst, bij de einduitspraak over de rekening en verantwoording, over de al of niet verschuldigdheid der gagie wordt uitspraak gedaan.

Bij de vaststelling van ons Wetboek is dit punt de aandacht niet ontgaan. Aan het slot van het proces-verbaal der III[e] afd. 2[e] Kamer over Tit. III leest men: „A la fin de l'examen de ce Titre quelques membres ont dit, qu'ils considèrent comme très utile une disposition, qui donnerait au juge la faculté d'ordonner, pendant le cours du procès, le payement par provision, ou au moins le dépòt ou la consignation, d'une somme demandée en vertu d'un acte ou titre non-exécutoire, si les contestations, élevées par le défendeur, paraissent susceptibles d'une longue discussion." Bij NOORDZIEK B. R. 1827/28 II bl. 456.

En in het Antwoord der Regeering bij NOORDZIEK, t. a. p. bl. 555, wordt daarop deze algemeene aanmerking aan het slot van tit. III gevonden: „Men kan niet treden in het voorstel, door sommige geëerde leden gedaan, om in eenige gevallen nantissement toe te laten, omdat dit middel op een geheel andere procesorde berustte dan die welke in het ontwerp," etc. etc. Daardoor wordt de juistheid der hier door mij verdedigde meening bevestigd.

De jurisprudentie heeft zich bij ons tot dusver, voor zoover mij bekend, in den hier aangegeven zin gevestigd. In denzelfden zin als het op bl. 226 van Dl. I aangehaalde vonnis van Rotterdam oordeelde de rechtbank van Maastricht den 29 April 1869, W. v. h R. n°. 3171 nadat zij vroeger (31 Januari 1867 W. v. h. R. ibid.) provisioneel tot uitkeering van het erkend bedrag van eene grootere vordering had veroordeeld. Beide uitspraken worden vermeld in de Pasicrisie van Mrs. VAN OPPEN in v°. provisioneele vordering n°. 5 en 6. In het vonnis van 1869 overwoog de Rechtbank terecht „dat eene vordering bij provisie niet ten onderwerp kan hebben de hoofdzaak, zelfs niet eenig deel daarvan, daar toch in dit laatste geval de toe- of afwijzing der vordering niet zou zijn eene provisioneele toe- of afwijzing, maar eene definitieve toe- of afwijzing van een gedeelte der hoofdvordering." De rechtbank wederlegt daarna niet eens het hoofdargument dat zij in 1867

putte uit art. 53 n⁰. 8, als vloeide uit de daar ondersteldе bevoegdheid des rechters om provisioneele toewijzingen te doen de bevoegdheid voort om een gedeelte der vordering bij provisie toe te wijzen. Blijkbaar eene onhoudbare redeneering. Het Hof te 's Hertogenbosch huldigt de m. i. juiste leer in arr. 4 Januari 1887 W. n⁰. 5469 waartegen de cassatie werd verworpen bij arr. H. R. van 1 Maart 1888.

Op welk tijdstip moet de prov. vordering ingesteld worden.

De provisioneele vordering wordt ingesteld tegelijk met of nà de principale of hoofdvordering.

CARRÉ, Procédure I, Q 571, in overeenstemming met PIGEAU, leert dat de provisioneele vordering ook vóór de principale kan worden ingesteld. BOITARD leert hetzelfde (op art. 134, I bl. 291,) en CHAUVEAU vereenigt zich met dit gevoelen. Zij verwijzen dan daarbij in de eerste plaats naar het kort geding. Ik acht dit gevoelen niet juist. Al wordt er, bij de regeling van het kort geding, van voorzieningen bij voorraad gesproken, en al kunnen deze te pas komen in een geval dat er een geding te wachten zij over eene zaak die, met betrekking tot het onderwerp van het kort geding, de hoofdzaak genoemd kan worden, ik meen dat het onderwerp van het kort geding juist bestaat in het nemen van zoodanige maatregelen die uit hun aard een provisioneel karakter hebben en daarom toch definitief kunnen worden bevolen en dat dit de betrekkelijke beteekenis van het bij voorraad hier is. Zie I bl. 350. Terwijl het nu aan den eischer vrijstaat om voor zoodanige maatregelen ook bij de rechtbank te ageeren, en de president zelf partijen naar de rechtbank verwijzen kan (art. 291), zou ik evenmin in dat geval die vordering eene provisioneele willen noemen. Mij dunkt, art. 51 onderstelt dat eene provisioneele vordering in een geding gedaan wordt; anders geen mogelijkheid om de provisie en de hoofdzaak bij één vonnis te beslissen. Wanneer de Rechtbank te Rotterdam, bij het meermalen aangehaalde vonnis zegt, dat zij tegelijk met of even voor de hoofdvordering worden ingesteld, dan wijst dat: even voor, op de noodzakelijkheid dat er een geding over de hoofdvordering aanhangig gemaakt worde, maar dan schijnt ook daaruit te volgen, dat h. i. de provisioneele vordering niet anders dan tegelijk met de hoofdvordering kan worden ingesteld. Er moet bovendien verband bestaan met eene hoofdvordering en welk ander verband kan dit zijn dan dat de provisioneele vordering iets beoogt dat gedurende den loop van 't proces moet plaats hebben? Dan komen we ook weder tot de nood-

zakelijkheid van het tegelijk met of nà niet vóór de hoofdvordering. Alleen zou men wat de president der Rechtbank krachtens art. 820 B. R. kan bevelen het onderwerp kunnen noemen van eene provisioneele rechtsvordering vóór het geding ingesteld doch, ofschoon de beschikking van den president na de herziening van 1896 kracht behoudt ook gedurende den loop van het geding, zou die hier zg. provisioneele eisch toch niet vallen in de categorie der door ons behandelde omdat die machtiging en dat bevel buiten vorm van proces worden gevraagd en toegewezen.

Wordt de provisioneele vordering tegelijk met de principale vordering ingesteld, dan wordt zij in hetzelfde exploit van dagvaarding opgenomen en kan voor haar op korten termijn worden gedagvaard. Hoe in te stellen.

Geschiedt dit laatste dan wordt van zelf op de provisie geprocedeerd, zooals voor zaken op korten termijn is voorgeschreven. Is op de provisie tegen denzelfden dag als op de hoofdzaak gedagvaard, dan worden ook beide op denzelfden dag ter rolle aangebracht.

Nu kan wel tegelijkertijd op de hoofdzaak en op de provisie conclusie van eisch worden voorgedragen; ook in de conclusie van antwoord en bij de verdere behandeling kunnen beide samengaan, doch meerendeels zal de provisie meer spoed vereischen en dientengevolge op kortere termijnen behandeld worden dan de hoofdzaak.

Ofschoon art. 145 in art. 247 niet toepasselijk is verklaard, zoo zal toch voor eene provisioneele vordering op korten termijn kunnen worden gedagvaard. Art. 247 onderstelt dat voor eene incidenteele vordering geen dagvaarding te pas komt en die onderstelling is in het algemeen juist, al zijn er gevallen waarin eene dagvaarding niet vermeden kan worden bijv. bij de schorsing en hervatting van het geding en bij de zg. ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen. Maar terwijl de aard van een provisie medebrengt, dat zij tegelijk met de hoofdzaak kan worden aangebracht, staat zij in dat opzicht met eene hoofdvordering gelijk; haar incidenteel karakter komt eerst uit in de verdere behandeling van het geding in zoover zij op zich zelf behandeld kan worden. Op korten termijn ingesteld wordende blijft art. 145 daarop van toepassing.

Carré stelt t. a. p. de zaak zóó voor alsof, wanneer de provisie tegelijk met de hoofdzaak wordt aangelegd, altijd voor de eerste op

korten termijn en voor de laatste op den gewonen termijn gedagvaard wordt. Daar het van belang is op de provisie hoe eer hoe beter eene beslissing te verkrijgen, zal de dagvaarding op korten termijn gewoonlijk aanbeveling verdienen. Uit het exploit van dagvaarding, waarin ook de hoofdvordering is opgenomen, blijkt dat ook daarvoor gedagvaard is en ook deze alzoo aanhangig is geworden; de rechter zal dus de betrekking welke de provisie tot de hoofdzaak heeft daaruit kunnen beoordeelen. Noodzakelijk is evenwel die korte termijn voor de provisie niet. Niets belet om ook daarvoor op den gewonen termijn te dagvaarden. Naar de oude wet kon hier geen zwarigheid ontstaan. Immers, was de hoofdzaak van gewone behandeling, dan werd van zelf over de provisie spoediger geprocedeerd en hare behandeling van die der hoofdzaak afgescheiden, omde voorloopige vorderingen in art. 140 n^{0}. 2 (oud) voor summiere behandeling vatbaar waren verklaard. Maar ook wanneer de hoofdzaak van summiere behandeling was, kon nog de provisie op zich zelve en daardoor spoediger behandeld worden, wanneer b. v. de eischer dadelijk conclusie van eisch op de provisie voordroeg en voor die op de hoofdzaak eenig uitstel vroeg. Doch indien de hoofdzaak ook van eenvoudigen aard was en even spoedig behandeld kon worden, bestond er geen bezwaar dat de behandeling van beide gezamenlijk plaats had. De wetgever vooronderstelt dit zelfs in art. 51. Naar de thans geldende bepalingen zal er ook geen bezwaar bestaan dat de eischer, ook dan wanneer hij ten dienenden dage èn op de hoofdzaak èn op de provisie conclusie heeft genomen, verlangt dat aan den verweerder een kortere termijn worde toegestaan voor conclusie van antwoord op de provisie. Worden op die wijze beide zaken gescheiden, dan is voor de provisie, als incidenteele vordering, art. 247 § 3 ten aanzien van het aantal conclusiën van toepassing. Maar dit zal ook toepasselijk blijven, indien beide zaken gezamenlijk behandeld worden. Want als incidenteele vordering blijft art. 142 § 2 op de provisie buiten toepassing. Willen partijen daarvan voor de hoofdzaak gebruik maken, dan is in ieder geval voor de provisie het geding met conclusie van repliek en dupliek voldongen. Want dat de wijze van behandeling voor de hoofdzaak voorgeschreven ook voor de incidenten behooren te gelden, is met de bepaling van art. 247 § 2 in vierkanten strijd.

Wordt de provisioneele vordering ingesteld nadat de principale vor-

dering reeds ter terechtzitting was gebracht, dan wordt de provisioneele eisch op een dienenden dag bij conclusie ingesteld en beantwoord als voor de behandeling der zaken in het algemeen is voorgeschreven, behalve dat conclusiën van repliek en dupliek alleen op eenparig verzoek van partijen door den rechter kunnen worden toegestaan en van verdere conclusiën geen sprake mag zijn. art. 247.

Stelt de gedaagde een provisioneelen eisch in dan zal hij voor dezen dezelfde wijze van procedeeren volgen; hij kan daartoe op de terechtzitting zelve, waarop de zaak aangebracht werd, conclusie nemen.

De provisioneele vorderingen zijn incidenten omdat zij, ter gelegenheid van eene andere vordering ingesteld, een bijkomend geschilpunt aan de beslissing des rechters onderwerpen. Wordt de provisioneele vordering afzonderlijk behandeld dan komt daardoor haar incidenteel karakter duidelijker uit, maar zij beantwoordt geheel aan het karakter van een incident bij uitnemendheid, wanneer zij in een reeds aangebracht geding ingesteld wordt. Er kan dan ook geen quaestie zijn of de provisioneele vorderingen behooren tot de incidenteele. In art. 824 worden vorderingen die geheel het karakter van provisioneele hebben met de algemeene benaming van *incidenteele* aangeduid.

De eischer zal dan, als hij den provisioneelen eisch niet in de dagvaarding heeft opgenomen, dien kunnen instellen op den eersten dienenden dag, om het even of hij dan zijne conclusie van eisch op de hoofdzaak al of niet voordraagt. Ook op een later dienenden dag, bij gelegenheid van het nemen van conclusie van antwoord of andere verschijningen ter audientie, zal hij dat kunnen doen en de gedaagde zal, wil hij zijnerzijds provisie vragen, van diezelfde gelegenheden gebruik kunnen maken. Art. 247 is alsdan van toepassing.

Verdere instructie.

Nadat het geding over de provisie door het nemen van wederzijdsche conclusiën in staat van wijzen is gebracht, worden pleidooien daarover gehouden en wordt het Openbaar Ministerie gehoord indien dit op de hoofdzaak moet gehoord worden.

Mocht de hoofdzaak tegelijk met de provisie in staat van wijzen gebracht zijn, dan kan de rechter op beide bij een en hetzelfde vonnis uitspraak doen. Art. 51.

Het op de provisie gewezen vonnis kan voorloopig uitvoerbaar worden verklaard met of zonder borgtocht. Art. 53, 8°.

De uitspraak over de kosten kan worden voorbehouden tot het vonnis op de hoofdzaak. a. 56 § 2.

Het hooren van het Openbaar Ministerie op de provisioneele vorderingen vloeit dunkt mij daaruit voort, dat, ofschoon de provisioneele vordering een ander voorwerp heeft dan de hoofdzaak, zij toch tot het geding over de hoofdzaak behoort. Wanneer art. 324 bijv. zegt dat het O. M. moet gehoord worden in de zaken welke betreffen echtscheidingen, dan zal niet kunnen ontkend worden, dat de provisioneele vordering, die in het proces tot echtscheiding door de vrouw gedaan wordt tot eene uitkeering tot onderhoud of om zich een verblijf buiten de echtelijke woning aangewezen te zien, of de vordering door een der procedeerende echtgenooten omtrent het toezicht over de kinderen hangende het geding, tot die zaken behooren. Zij betreft de echtscheiding daar zij eerst door het instellen der daartoe strekkende vordering gerechtvaardigd wordt.

Dat wanneer de hoofdzaak en de provisie tegelijk in staat van wijzen zijn, niet twee maar één vonnis wordt gewezen is eenvoudig een maatregel tot besparing van onnoodigen omslag en kosten. Art. 51 zegt evenwel dat de rechter bij een en hetzelfde vonnis uitspraak zal kunnen doen en laat het derhalve in ieder bijzonder geval aan zijn oordeel over. Wat betreft het nut dat een uitspraak over de provisie hebben kan als de hoofdzaak reeds beslist wordt, zoo heeft Boitard I, ad art. 134, er te recht op gewezen, dat vooreerst de vraag, wie de kosten van het geding over de provisie zal dragen, moet worden uitgemaakt en daartoe een beslissing over gelijk of ongelijk op dat punt noodig is, en dat ten anderen de uitspraak op de provisioneele vordering voorloopig uitvoerbaar kan worden verklaard (zie art. 53 n°. 8), zoodat de executie van het vonnis op dit punt onafhankelijk wordt van een ingesteld appèl, verzet of cassatie van het vonnis op de hoofdzaak. Volkomen stemt Chauveau daarmede in bij Carré Q 572, 2°. Opmerking verdient hierbij art. 17 van tit. XVII der ordonnantie 1667 : „Si les instances sur la provision, et sur la diffinitive, sont en même tems en état, les juges y prononceront par un même jugement, et pourront ordonner qu'en cas d'appel leur jugement sera exécuté [quant à la partie provision; Jousse] par manière de provision en baillant bonne et suffisante caution

lorsqu'il échet de juger par provision. Abrogeons l'usage de donner en ce cas séparément la sentence de provision et la diffinitive." De Code zeide ook in art. 134: „les juges seront tenus de prononcer sur le tout par un même jugement." Waarom bij ons weder gelegenheid gegeven tot nuttelooze kostenmakerij? Volgens VAN DEN HONERT ad § 51 schijnt deze wijziging in 1837, zonder toelichting noch discussie, aannemelijk gevonden te zijn: In het Verslag der Handelingen van de Staten-Generaal 1836—1837 (uitg. 1897) wordt daaromtrent geene opmerking gevonden.

§ 79. RECONVENTIE *)

De eisch in reconventie of wedereisch is de zoodanige, welken de verweerder instelt tegen den eischer in het door dezen tegen hem aanhangig gemaakte geding en alzoo bij denzelfden rechter voor wien hij gedagvaard werd. Wat reconventie is.

De verweerder maakt van de gelegenheid gebruik, nu hij tegenover den eischer, op wien hij ook eene vordering heeft, in het geding staat dezen met die vordering aan te spreken. Wij hebben hier alzoo te doen met eene vordering, die in een aanhangig geding wordt ingesteld en uit dat oogpunt tot de incidenteele vorderingen behoort. Eene verwikkeling of uitbreiding erlangt het oorspronkelijke geding eerst dan, wanneer op de reconventie te gelijk met de conventie wordt voortgeprocedeerd. Ofschoon dit niet altijd gebeurt is het daarop toch toegelegd met de toelating der reconventie in het algemeen. Op den oorsprong dezer instelling wees ik I bl. 3e dr. 432, daarbij tevens wijzende op haren grondslag. Daarbij teekende ik aan dat, naar het Rom. recht, geen verknochtheid tusschen de vordering in conventie en die in reconventie behoeft te bestaan. Er ontstaat eene formeele verknochtheid door de vereeniging der beide vorderingen in één geding en die vereeniging van twee vorderingen stond bij de reconventie naar het R. R. op den voorgrond. Op dien grondslag (het Can. recht sloot zich aan het R. R. aan, met uitzondering van de in Nov. 96 den gedaagde opgelegde verplichting) is de leer der reconventie door de Italiaansche Juristen verder ontwikkeld. Was aanvankelijk het forum reconventionis het middel om twee vorderingen in één geding te vereenigen terwille van den verweerder, DURANTIS maakt van het aldus erkende forum

*) J. KRAMERS de eisch in reconventie. Acad. proefschrift verdedigd te Leiden. Rotterdam 1883. D. A. GIEL de eisch in reconventie. Acad. proefschrift. Amsterdam 1892.

gebruik om den verweerder de gelegenheid te verschaffen den eischer voor denzelfden rechter aan te spreken en laat hem toe dit te doen ook nà de litiscontestatie, in den verderen loop van het geding, waartoe vooral het „durante iudicio" in C. 3 de rescriptis in VI⁰. I, 3, aanleiding gaf. Dan valt vereeniging weg ofschoon de rechter de bevoegdheid heeft bij één vonnis beide geschillen te beslissen. Dit gaf later CINUS aanleiding tot de onderscheiding tusschen eigenlijke reconventie, die tegelijk met de conventie behandeld en derhalve op het laatst onmiddellijk na de litiscontestatie wordt ingesteld en de oneigenlijke, welker instelling gedurende den geheelen loop van het proces vrijstaat. Daarnaar heeft zich de reconventie in het gemeene duitsche proces gevormd. De invloed van de italiaansche processualisten meer bepaaldelijk MARANTA † 1530, die van de latere Italianen het uitvoerigst de reconventie behandelt in zijn Speculum aureum part 5 dist. 12 n⁰. 17, gaf aan de rom.-canonieke leer het overwicht. Tegenover deze gemeenrechtelijke leer (reconventio iuris communis) stond die van het op den Sachsenspiegel berustende Saksische recht (reconventio iuris Saxonici). Daarbij stond op den voorgrond de competentie des rechters: waar de eischer recht vraagt, daar moet hij ook recht nemen. Die bepaling van des rechters bevoegdheid moest vooral strekken om samenhangende aan elkander verknochte vorderingen door denzelfden rechter te doen beoordeelen. Niet de gelijktijdige en gezamelijke behandeling, de vereeniging in één geding, maar de om de verknochtheid wenschelijke berechting door denzelfden rechter was hier de leidende gedachte. Stelde de gedaagde zijne vordering bij een ander rechter tegen den eischer in, deze zou door een beroep op de exceptio connexitatis ob continentiam causarum de verwijzing kunnen doen uitspreken naar het gerecht, waarbij hij zijne vordering aanhangig had gemaakt. Hetzelfde beginsel rechtvaardigt de reconventie in zoodanig geval. Een en ander wordt herinnerd in eene verhandeling van Prof. Dr. FUCHS das Recht der Widerklage, insbesondere nach den neueren Civilprozessordnungen in Archiv f. d. Civ. Praxis LIII blz. 149—188. In Duitschland komt alzoo dezelfde tegenstelling voor tusschen het gemeene recht en het Saksische recht als in Frankrijk tusschen het Rom.-Canonieke en het Costumier recht. Zie I bl. 432 3e dr. Het eerste heeft ook bij onze oud-Vaderlandsche rechtsgeleerden de overhand gehad en is de grondslag voor onze wet gebleven. Onze MERULA (IV tit. 43) en VROMANS Tractate de foro comp. I Cap. 1. n⁰. 16 beroepen zich beide op MARANTA. Wat zij omtrent de reconventie leeren, leeren ook VOET ad. tit. de jud. 5. 1., HUBER Hedend.

Rechtsgeleerdheid IV. 30 en eindelijk VAN DER LINDEN Jud. Practycq, I, B II, 4 § 12 en 13. De Alg. manier van procedeeren van 1799 huldigt in hoofdzaak hunne leer in art. 73 en v.v. en nog meer in het bijzonder ook het Wetb. op de rechtspleging van 1809, art. 617 vv. In sommige stad- en landrechten was de reconventie uitgesloten of beperkt. Verg. KRAMERS t. a. p. bl. 29 v.v. — In de duitsche proceswetten van den nieuweren tijd treft men, volgens de ontwikkeling van Dr. FUCHS, verscheidenheid aan naarmate de een of de andere leer daarbij gevolgd werd; de meeste huldigen de gemeenrechtelijke leer, anderen namen het beginsel van connexiteit uit het Saksische recht over. De Civil-prozessordnung volgt de laatsten en bepaalt dan ook in § 33 dat verknochtheid een vereischte is. „Bei dem Gerichte der Klage kan eine Wiederklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht." „Zusammenhang," wordt daarbij aangeteekend, „ist Konnexität des gemeinrechtlichen Sprachgebrauchs." Zie echter STRUCKMAN u. KOCH ad § 33. Ook in het belgisch ontwerp wordt, vooral op grond dat dit naar de fransche wetgeving het meest algemeen aangenomen gevoelen was, het vereischte van connexiteit op den voorgrond gesteld. Livre I tit. 4 ch. 1. Zie het Rapport van ALLARD bl. 216. En het jongste fransche Ontwerp tot herziening van den C. d. Pr. (1886) volgt het belgische voorbeeld. Zie den titel: des incidents, art. 1 en de toelichting.

Een eisch in reconventie kan in ieder geding worden ingesteld waar dit niet door de wet is uitgesloten. In welke gevallen?

De wet sluit de reconventie uit in de volgende gevallen:

1°. Wanneer eischer en gedaagde in het geding in reconventie in eene andere hoedanigheid tegenover elkander zouden staan dan in het geding in conventie;

2°. Wanneer de rechter in conventie volstrekt onbevoegd is om van den eisch in reconventie kennis te nemen;

3°. Tegenover eene possessoire actie mag de petitoire in reconventie niet worden ingesteld;

4°. In gedingen over de tenuitvoerlegging van een vonnis;

5°. In hooger beroep, wanneer de eisch in reconventie in eersten aanleg niet was ingesteld. Art. 250.

I n i e d e r g e d i n g. Deze regel van het rom.-can. proces, tegenover het saksische, hetwelk connexiteit van beide zaken vordert, is overeenkomstig met onze vroegere rechtspleging. MERULA cap. 9 n°. 1: „Reconventie heeft ordinairie plaatse in alle zaaken, in welke deselve niet en werd bevonden uitdrukkelijk verboden", met beroep op MARANTA. Evenzoo in de aanteekening van MIDDELLANDT op VROMANS t. a. p. aant. 26, bl. 28 2ᵉ kol. VOET ad tit. de iud. 5. 1. n°. 78 sqq. leert hetzelfde. Ofschoon hij den regel niet uitdrukkelijk formuleert, geeft hij de gevallen op waarin reconventie niet is toegelaten. Hetzelfde bij V. D. LINDEN Jud. practycq, I blz. 170. Alg. Man. 1799, art. 74, Wetb. op de rechtspleging van 1809, art. 618.

U i t z o n d e r i n g e n. 1°. Men kan dit eigenlijk geene uitzondering maar alleen eene nadere bepaling noemen, omdat eene andere hoedanigheid ten gevolge heeft dat er werkelijk een andere persoon in het geding zou gebracht worden. Als de gedaagde tegen den eischer A., die in hoedanigheid van voogd van B. optreedt, een eisch in reconventie ging instellen welke A. persoonlijk betreft, dan zou de voogd, alzoo de minderjarige B., eischer in conventie zijn, terwijl A. zelf, dus een geheel ander persoon, gedaagde in reconventie zou worden. De reconventie geeft wel den gedaagde de gelegenheid om in hetzelfde geding den eischer die hem daagde, maar niet een ander die hem niet daagde, te betrekken. „Naardemaal de reconventie geen plaats heeft als tegens ymand, die uyt syn eigen hoofde ofte op zijn eigen naam ageert, soo kunnen geen Momboirs, Curateurs, Procureurs ofte andere Administrateurs ageerende uyt hoofden ende op den naam van hare Minderjarige, ofte andere Meesters, voor haar eige schult worden aangesproken in reconventie". MIDDELLANDT op VROMANS t. a. p. blz. 30 1ᵉ kol. VOET t. a. p. n°. 81—84; V. D. LINDEN blz. 170. Alg. manier van 1799 vermeldt deze zg. uitzondering niet; in Wetb. van 1809 komt zij voor art. 618*a*.

2°. De bepalingen omtrent de bevoegdheid des rechters met betrekking tot het onderwerp van het geschil (de v o l s t r e k t e bevoegdheid) zijn bepalingen uit haren aard van openbare orde. Al komen er nu bepalingen in de wet voor, waarin de wetgever ook hier afwijkingen toelaat door den wil van partijen, het ging niet aan dit gevolg aan de reconventie te verbinden dewijl dan aan ééne van de partijen de bevoegdheid om inbreuk te maken op de volstrekte bevoegdheid zou zijn toegekend.

Zoolang als aan de Provincie en in zoover als haar een forum privilegiatum was toegekend bij het oorspronkelijk art. 65 n°. 1 R. O. en gelijk forum privilegiatum aan den Staat, den Koning en de leden van het Koninklijk huis naar art. 87 R. O. krachtens de Grondwet toekwam, konden deze geprivilegieerde personen in het tegen hen bij den exceptioneelen rechter aanhangig gemaakt geding geen reconventioneele vordering instellen, evenmin als de door hen bij den gewonen rechter gedaagde personen den eisch met een reconventioneelen eisch konden beantwoorden. Art. 250 bevatte daarover een uitdrukkelijke bepaling, die door de wet van 1875 n°. 204, wat art. 65 n°. 1 R. O. betreft, en voorts bij de wet van 1893 n°. 93 met het forum privilegiatum van art. 87 is ingetrokken.

MERULA zondert ook in de eerste plaats uit zaken „van welke de juge in conventie geensints en mag kennen" t. a. p. cap. 6 n°. 2. MIDDELLANDT op VROMANS bl. 27 2e kol. VOET t. a. p. n°. 85, v. D. LINDEN bl. 171. Alg. Manier art. 74*a*. Wetb. 1809, art. 618*b*. Code judiciaire, Cour de Cass. art. 148.

Bij de toepassing zal in het oog moeten worden gehouden op welke wijze de voorschriften omtrent de bevoegdheid in het algemeen in toepassing worden gebracht. Zoo zal de kantonrechter zich onbevoegd moeten verklaren, wanneer de eisch in reconventie eene waarde van een hooger bedrag mocht hebben dan waarvoor hem rechtsmacht is opgedragen. Wordt daarentegen bij eene arrondissementsrechtbank een eisch in reconventie ingesteld, welke tot de bevoegdheid des kantonrechters behoort, dan zal de rechtbank, met toepassing van art. 157 B. R., zich eerst dan onbevoegd verklaren, als de gedaagde in reconventie zich op zijne onbevoegdheid heeft beroepen.

De wet op de nieuwe rechterlijke inrichting van 1861 wilde het voordeel der reconventie, gelijktijdige behandeling van meer gedingen voor denzelfden rechter, zooveel mogelijk behouden en schreef daarom in art. 50 voor dat, „wanneer de kantonrechter, met opzicht tot het onderwerp van het geschil, onbevoegd mocht zijn om kennis te nemen van den eisch in reconventie, hij, òf de kennisneming van den eisch in conventie aan zich kan houden, òf beide gedingen verwijzen naar den rechter die bevoegd is om van den eisch in reconventie kennis te nemen." Deze bepaling stemt overeen met art. 8 § 3 van de fransche wet van 25 Mei 1838, sur les justices de paix, welke bepaling de belgische wetgever had overgenomen in art. 22 der wet van 25 Maart 1841. Ook bij ons had reeds de Minister DONKER

CURTIUS in zijn Ontwerp, houdende vereenvoudiging in het Wetb. van burg. rechtsv., van 1855, bij art. 9 § 2, dat voorbeeld gevolgd. Door de groote meerderheid in de afdeelingen van de Tweede Kamer goedgekeurd, hebben de bedenkingen daartegen ingebracht de Regeering reeds toen niet van haar voorstel doen terugkomen. Toch heeft de bepaling dit bezwaar dat de eischer zich tengevolge van eene reconventioneele vordering zal afgetrokken zien van dien rechter voor welken hij zijne vordering moest brengen; dat de rechter zich onttrekt aan de kennisneming eener vordering die volkomen tot zijne bevoegdheid behoort; dat de kantonrechter aan de arrondissementsrechtbank rechtsmacht zal opdragen; dat de redenen waarom de kantonrechter verwijzen of splitsen zal in de wet niet kunnen worden bepaald, zoodat eene zeer verschillende rechtspraak hier zal kunnen ontstaan en eindelijk, dat de wet zelve aanleiding geeft tot een proces in een proces, vermits de vraag: verwijzen of splitsen? als van zelf een punt van debat tusschen de partijen zal gaan uitmaken. Opmerking verdient dat de belgische wetgever van 1876 van deze bepaling terugkwam, die noch bij de extraparlementaire Commissie (Zie rapport van ALLARD bl. 166) noch bij de parlementaire (rapport van prof. THONISSEN bl. 57,) bijval vond. De belgische wet van 25 Maart 1876 past het beginsel van afzonderlijke waardeering der beide vorderingen toe, maar veroorlooft alleen dat de rechtbank de reconv. vordering aan zich houdt, wanneer het bedrag daarvan beneden het bedrag van hare bevoegdheid is. art. 37.

Wat bij ons in 1855 werd voorgesteld op 't voorbeeld van Frankrijk en België en in België in 1876 werd afgekeurd was in meer dan een der nieuwe duitsche wetboeken aangenomen. Zie FUCHS t. a. p. bl. 178.

3°. Met verwijzing naar MARANTA sluit ook MERULA, n°. 3, de reconventie uit in bezitsgeschillen; niet evenwel in alle gevallen, want, zegt hij, „daar werd bij de rechtsgeleerden groot onderscheid gemaakt of de reconventie geschied in cas van complaincte of simple saisine of in cas van maintenue." MIDDELLANDT, in zijne aant. op VROMANS, p. 28 zondert zonder nadere bepaling „saken in cas van Spolie en Complaincte" uit, HUBER n°. 12 sluit de reconventie tot het petitoir tegenover een possessoire aanspraak uit; VAN DER LINDEN laat de reconventie toe in cas van maintenue doch acht ze eveneens in cas van complainte en spolie uitgesloten. VOET, n°. 86, is van oordeel dat ook hier „generalis reconventionis aequitas ut actor eundem debeat agnoscere judicem alia ex causa vicissim conventus", toepasselijk is en de recon-

ventie nergens wordt verboden, doch hij wijst er dan toch, n⁰. 87 op, dat naar de Hollandsche praktijk de reconventie in bezitsgeschillen niet was toegelaten. Deze uitzondering werd in Alg. Manier gemaakt bij art. 210 en 212 en in 't Wetboek 1809 in art. 618*c*, opgenomen. Bij ons is de uitzondering niet dan eene toepassing van het verbod van cumulatie van het petitoir en het possessoir in art. 130, en meer bepaaldelijk van het verbod den gedaagde in art. 132 gesteld om ten petitoire te ageeren voordat op den tegen hem ingestelden eisch ten possessoire is recht gedaan en aan de veroordeeling voldaan. Zoo sluit ook HUBER, t. a. p. n⁰. 12, de reconventie in dit geval uit „omdat de quaestie van het bezit noodtsakelijk moet voorgaan en die van eygendom moet volgen, want het spottelijk soude zijn yemant in een sententie tot het bezit af, en de eigendom toe te wysen, omdat deze d'andere terstont soude inslocken."

De bepaling sluit niet uit eene reconventioneele vordering tot handhaving in het bezit, welke art. 210 Alg. manier van 1799 uitdrukkelijk toeliet en art. 617 B. W. in verbis: „dat van wederzijden gevorderd wordt" onderstelt.

4⁰. Ook deze uitzondering vermeldt MERULA Cap. 2 n⁰. 2, „omdat reconventie geen plaats heeft naar sententie, en MIDDELLANDT op VROMANS bl. 28 kol. 2, met aanhaling wederom van MARANTA. Het schijnt ook het gevoelen van VOET n⁰. 80, terwijl HUBER er uitdrukkelijk op wijst n⁰. 9, „ten einde de processen niet al te lang souden worden opgehouden, 't welk de gedoemde met sulke nasleepende reconventiën schijnen te willen doen." VAN DER LINDEN leert hetzelfde bl. 172. In Alg. Manier 1799 vond ik de uitzondering niet, wel in Wetb. 1809 art. 678*e*. MIDDELLANDT spreekt evenwel niet alleen van sententies, condemnaties maar ook van „de executie van eenig ander instrument, hetwelk parate executie heeft." Daartoe behoorde ook bij ons de uitzondering uitgebreid te zijn. (Ontw. 1865 II. tit. 1 art. 36 n⁰. 3.) Immers de executie, ook die aan authentieke acten toegekend, snijdt het geding af, en waar de conventie, door het vonnis of de acte is opgeheven, ook geen reconventie. Art. 436 is echter niet voldoende om art. 250 n⁰. 4 toepasselijk te doen zijn. Men merke evenwel in verband met de voor deze uitzondering opgegeven reden op, dat niet de executie zelve een geding is, maar dit eerst door een verzet tegen de executie ontstaat.

5⁰. „Reconventie heeft geen plaatse voor den juge in de tweede instantie" zegt MERULA, zich weder beroepende op MARANTA t. a. p. n⁰. 6. MIDDELLANDT teekent hetzelfde aan op VROMANS bl. 29 2ᵉ kol.

met een beroep tevens op rechterlijke uitspraken in Holland en in Friesland. Evenzoo VOET n°. 80 „quod iudex in appellatione de eo tantum cognoscere debeat ac definire utrum a iudice inferiore recte an perperam iudicatum sit; atque adeo officium eius haudquaquam sese extendere possit ad ea, de quibus in prima lite neque cognitio interposita, neque sententia lata est." Zie ook HUBER n°. 9, VAN DER LINDEN p. 171 en 172. In de Alg. Manier van 1799 wordt de uitzondering in art. 74*b* beperkt tot de appellen bij de gerechtshoven; in het Wetboek 1809 komt zij zonder beperking voor in art. 618*d*. De door VOET aangevoerde reden wordt voor ons recht bevestigd door art. 348 B. R.. terwijl men nog deze overweging kan doen gelden, dat de verweerder in reconventie anders van eene instantie zou worden beroofd en de hoogere rechter ook volstrekt onbevoegd zou zijn om rauwelijks of in het geheel van zoodanige vordering kennis te nemen, zoodat eigenlijk art. 250 n . 2 dit geval reeds mag geacht worden uittesluiten.

HUBER meent nog dat het van zelf spreekt dat „reconventie niet kan aangesteld worden over eene sake die noodtsakelijk wachten moet nae de uitkomste van de conventie" en hij vindt daarvan de toepassing in de uitsluiting van de petitoire actie bij wijze van reconventie in het possessoir geding, n°. 11 en 12. Naar onze wet zou deze uitzondering zoo algemeen niet, bepaaldelijk niet bij de analogie van n°. 3, mogen worden aangenomen. Want terwijl eene uitzondering uit haren aard geene analogische uitbreiding toelaat, zou nog in het geval van n°. 3 deze bijzondere reden kunnen gelden dat volgens art. 132 zelfs aan de veroordeeling in het possessoir voldaan moet zijn, voordat de veroordeelde ten petitoire mag ageeren. Doch, al mogen sommige wetten dien eisch in het algemeen hebben gesteld, dat nl. de beslissing op de reconventie niet afhankelijk zij van de beslissing op de conventie, naar de leer der italiaansche juristen, met name van DURANTIS Spec. jud. II, I, tit. de reconv. § 2 n°. 1 gold deze voorwaarde wel voor de gelijktijdige behandeling en beslissing der reconventie, niet voor het gebruik maken van het middel op zich zelf. Hier zal dus evenzeer naar ons recht een reden voor den rechter bestaan om de afzonderlijke behandeling van de conventie en de reconventie te bevelen.

De vraag, of in een geding tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed door den gedaagde bij reconventie echtscheiding of scheiding van tafel en bed kan worden gevorderd, heeft meermalen bij onze rechterlijke colleges een onderwerp van beslissing uitgemaakt. Zij werd in

verschillenden zin beantwoord. Zeker had de rechtbank van Breda ongelijk, toen zij bij vonnis van 11 Januari 1859 W. v. h. R. n°. 2051 besliste, dat tegen de vordering tot scheiding van tafel en bed bij reconventie geen scheiding van tafel en bed op grond van andere feiten kan worden gevorderd, omdat volgens het Ned. recht tot de reconventie connexiteit met de conventie zou worden gevorderd. Dit gevoelen is met de duidelijke letter en met de beraadslagingen over de wet in lijnrechten strijd. De jurisprudentie wordt vermeld in VAN OPPEN's Pasicrisie v°. Echtscheiding n°. 2, 54—57. De reconventie is in het hierbedoelde geval door geene der in art. 250 gemaakte uitzonderingen uitgesloten. Ook bevat het B. W. zoodanige bepaling niet en ik zie niet in hoe de bijzondere aard dezer vorderingen de reconventie zou kunnen gezegd worden uit te sluiten. De eisch in reconventie heeft hier wel gelijke strekking als die in conventie, maar de eene kan gegrond, die andere ongegrond worden bevonden en wanneer beide gegrond worden bevonden, dan kan daardoor worden uitgemaakt dat de echtscheiding of scheiding v. t. e. b. tegen den een zoo goed als tegen den ander moet worden uitgesproken en derhalve geen van beide echtgenooten op de bij artt. 278 en 279 bedoelde voordeelen kan aanspraak maken noch ook aanspraak op onderhoud kan doen gelden waarvan artt. 280 en 281 handelen. Uit deze laatste bepalingen blijkt van hoe groot belang de reconventioneele vordering voor den gedaagde in deze zijn kan. Het zou niet te rechtvaardigen zijn dat hier degene der echtgenooten welke het eerst daagde den anderen als jure praeventionis en alleen omdat hij dit het eerst deed van het hem even goed toekomend recht om echtscheiding of scheiding v. t. e. b. te vragen werd verstoken, dat natuurlijk het geval zou worden, indien de eerst ingestelde eisch werd toegewezen. Het eenige middel om dit te voorkomen is juist het vorderen van echtscheiding of scheiding v. t. e. b. bij reconventie welke in dit geval bij uitnemendheid is een middel van verdediging tegen de conventioneele vordering. Dat hier de beproeving tot verzoening en het verlof des rechters tot het instellen der vordering vervalt kan geen bezwaar zijn. De verzoening is reeds vruchteloos beproefd en ofschoon het verlof om de vordering in te stellen niet anders dan aan den verzoeker kan worden verleend, het is der echtgenooten ongenegenheid om zich te verzoenen welke het verlof ten gevolge had en deze wordt door het instellen van den wedereisch slechts bevestigd. De fransche wet van 18 April 1886

bepaalt in het tegenwoordig art. 239 C. C. „Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions". Bij ons volgt uit de toelating der reconventie in alle niet uitgezonderde zaken, de toepasselijkheid van art. 251 in alle die zaken.

Het doen van een eisch in reconventie wordt door de wet als eene bevoegdheid van den gedaagde erkend. Daaruit volgt dat de eischer den eisch in reconventie niet met een wedereisch mag beantwoorden. „Reconventio reconventionis non datur" was de oude spreuk. „En dient ook hierbij gevoegd dat de Eischer in Conventie en verweerder in Reconventie gereconvenieerd zijnde niet en mag wederomme reconvenieeren den verweerder in Conventie en eischer in Reconventie. Want dat zoude zijn veele processen op eenen hoop brengen en den Juge met onverdraaglijk werk overvallen." Dus MERULA Cap. 3 n°. 3 met beroep op de Italianen. Evenzoo MIDDELLANDT op VROMANS bl. 29 2ᵉ kol. VOET n°. 89. HUBER n°. 14. VAN DER LINDEN spreekt er niet van. Art. 150 du Code judiciaire de la Cour de Cassation. (Dl. I, Bijlagen bl. XXVIII.)

Het doen van een eisch in reconventie is eene bevoegdheid van den verweerder, geene verplichting. Wel had JUSTINIANUS in Nov. 96 C. 2 het hem in zooverre tot eene verplichting gemaakt, dat hij hangende het geding waarin hij gedaagd was, geen vordering tegen den eischer bij een ander rechter mocht instellen, doch uit C. 3 de rescriptis in 6ᵗᵒ werd het tegendeel afgeleid, omdat zij alleen op gedelegeerde rechters zag. DURANTIS liet de vordering bij een ander rechter toe, ofschoon de gedaagde had kunnen ageeren in reconventie, indien de eischer daartegen niet excipieerde. MERULA verwijst (cap. 6 n°. 6) naar 't verschil van gevoelen onder de doctoren. VOET twijfelt ook of het bij ons aangaat, ofschoon hij meent dat het Canonieke recht ten deze met het Rom. recht overeenstemt. HUBER acht de bepaling van Novelle 96 toepasselijk, met beroep op ZUTPHEN tit. van reconv. art. 5. Twijfel als bij ons ontmoet men ook bij de Duitsche processualisten, van welke de nieuwere (die van deze eeuw) de verplichting niet kennen of, zooals LINDE, Lehrbuch § 95 n°. 2, ze door den usus fori opgeheven achten; HEFFTER System § 145, die echter ook op dissentieerenden wijst nᵗ. 269. Zie PLANCK Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten bl. 358—361.

Zonderling komt mij de meening voor van den kantonrechter n°. IV te Amsterdam, die een eisch bij reconventie toeliet waar hij, verstek

verleenende tegen den eischer in conventie, den gedaagde te dien opzichte van de instantie ontsloeg. Waar de aanleg van den eisch is vervallen zoodat de eischer niet optreden mag, kan toch moeilijk een ander juist naar aanleiding van dien aanleg tegen hem optreden. De eischer is uit het geding gezet, hoe zal de gedaagde hem er, bij wijze van reconventie, dus zonder dagvaarding, weder inkrijgen? Zie het vonnis in W. v. h. R. n°. 5318. De rechter gevoelde dat de gedaagde door 't niet verschijnen des eischers niet mocht worden verstoken van een hem anders toekomend recht. Doch dit had de wet hem moeten waarborgen, zooals zij hem de kosten doet vergoeden. Art. 6 van tit: des jugements par défaut et oppositions van het fransche Ontwerp van 1886 komt aan het door den Amsterdamschen kantonrechter gevoelde bezwaar te gemoet door aan den verweerder de bevoegdheid toe te kennen van òf défaut congé tegen den eischer te vragen òf te verlangen dat de rechter de zaak zelve en ook de ingestelde reconventie beslisse Verg. de toel. p. m. 29.

De eisch in reconventie moet dadelijk bij het antwoord van den verweerder in conventie worden gedaan. art. 251. Wanneer in te stellen?

Uit deze bepaling volgt dat de bevoegdheid van den gedaagde tot het doen van een reconventioneelen eisch vervalt, wanneer hij, bij zijne ter terechtzitting voorgedragene conclusie van antwoord, dien eisch niet heeft ingesteld. Bij conclusie van dupliek of nog later zou de reconventie als te laat ingesteld niet ontvankelijk zijn.

Dadelijk bij het antwoord. Daarmede is niet alleen uitgesloten het „onmiddellijk nà de litis contestatie" van het oude recht dat met het instellen van den reconventioneelen eisch bij de litis contestatie gelijk werd gesteld, maar heeft de wetgever, op het voorbeeld van onze oude rechtsgeleerden, ook gebroken met de inzonderheid door het gezag van DURANTIS, op grond vooral van C. 3 de rescriptis in VI°. en C. 1 X de mut. petit. 2, 4. in de gerechtspraktijk ook in Duitschland (Cf. FUCHS t. a. p. bl. 170) gevestigde leer, dat de reconventie gedurende den geheelen loop van het proces mocht worden ingesteld. Was, op grond van het Rom. recht, de strekking der reconventie voornamelijk gevonden in het gelijktijdig behandelen van twee vorderingen in één geding voor denzelfden rechter, het belang van den ge-

daagde dat daarmede ook reeds behartigd werd, trad bij deze leer nog meer op den voorgrond. Deze leer bracht toch mede dat die gelijktijdige behandeling, het pari passu, op den achtergrond geraakte en de splitsing in de behandeling van de conventie en de reconventie bij het later instellen van de laatste (die dan ook oneigenlijke reconventie genoemd was) regel werd. Deze leer werd ook door MARANTA ontwikkeld. MERULA vermeldt vrij uitvoerig Cap. 2 n° 1 en 2 de leer der gelijktijdige en gezamenlijke behandeling, welke hij eene waarachtige eigenschap der Reconventie noemt en die dan ook daarom moest gedaan worden „of voor de Litis contestatie of daarnà doch terstond en immediate d. i. zonder eenige judicieele acte te plegen;" en de andere leer, volgens welke „de gedaagde reconvenieërende den eischer gehoord mag worden ook tot sluytinge toe in Rechte." Doch zeer stellig is zijn besluit n°. 3: „Naar onzen styl is de Reconventie onafscheidelijk als 't behoort geaccompaigneerd met de litiscontestatie of om eigentlijker uit te drukken, de Litiscontestatie met de Reconventie: en werd in beiden bij Partijen alzo in alle wezentlijke en toevallige Acten van de Gerechtshandelinge voortgevaren; dat ze gelijkelijk voleindigt worden, en bij 't Hof definitivelijk op eenen tijd volkend. Deze onafscheidelijke Societeit en gemeenschap van Reconventie en Litis contestatie werd genoegzaam gespeurd uit de formen en manieren van Reconvenieeren, die dagelijks geuseerd worden." Zie ook Cap. 5. MIDDELLANDT op VROMANS, bl. 26 1e kol., wijst op deze leer als een noodzakelijk gevolg van de reconventie, doch hij laat ook de reconventie na litis-contestatie toe met dit gevolg dat dan wel de jurisdictie wordt geprorogeerd en gefondeerd van de reconventie maar dat de gelijktijdige behandeling wegvalt bl. 27 kol. 2. VOET n°. 80 betoogt daarentegen dat naar Canoniek en ook naar Rom. recht niets belet de reconventie gedurende den geheelen loop van het proces in te stellen, doch hij wijst uitdrukkelijk op de rechtsgeleerden die een ander gevoelen voorstaan. HUBER n°. 3 en 6 leert hetzelfde als VOET met beroep op ZUTPHANIUS tit. van reconventie artt. 3, 9. VAN DER LINDEN zegt eenvoudig, bl. 169, dat de reconventie doorgaans geschiedt tegelijk met het antwoord in ééne en dezelfde conclusie. De Alg. Manier van 1799 in art. 73 en het Wetb. van 1809 in art. 617, maken dezen regel tot een bindend voorschrift en dit voorbeeld heeft onze wetgever gevolgd.

Volgens het belgisch Ontwerp wordt de eisch in reconventie in overeenstemming met de fransche jurisprudentie in elken stand van het geding zelfs in appèl toegelaten. Zie rapport van ALLARD p. 217.

De eisch in conventie en die in reconventie worden tegelijk voldongen en bij een en hetzelfde vonnis beslist. Verdere behandeling.

Splitsing en dien ten gevolge behandeling van elk op zich zelve heeft plaats indien de rechter mocht oordeelen dat de eene vroeger dan de andere kan worden afgedaan.

Niettegenstaande de splitsing blijft de rechter over de eene vordering zoowel als over de andere tot oordeelen bevoegd. Art. 252.

Terwijl zelfs de meeste voorstanders van het later instellen en alzoo afzonderlijk behandelen der reconventie van oordeel waren, dat de eigenlijke reconventie het gelijkelijk voldingen en vonnissen medebracht, gaven toch ook de voorstanders van deze laatste leer toe, dat splitsing en dientengevolge afzonderlijke behandeling en beslissing bij uitzondering kon plaats hebben, niettegenstaande de reconventie tegelijk met of onmiddellijk na de litis contestatie, gelijk behoorde, was aangebracht. MIDDELLANDT op VROMANS bl. 26 kol. 2 laat op den zooeven aangehaalden regel van het tegelijk voldingen dit volgen: „Ten ware dat een van beide de saken spoed was vereischende en er gevaar in den uystel van tyd was." MERULA zegt hieromtrent, Cap. 6 n°. 4 weder met aanhaling van MARANTA: „En in gevalle de zaake in conventie is volle rechtspleging vereischende, en de zaak in conventie summier proces afvorderende; zoo heeft Reconventie ook plaatse; doch niet ten einde de zaake van reconventie afgedaan mag worden gelijkelijk met de zaak in conventie, want d'eene zoude d'ander verhinderen: maar alleen om bij den gedaagde gefondeerd te worden, nopende de reconventie, de jurisdictie voor den rechter in conventie: dewelke gehouden is de zaak van Reconventie ook terstond bij de hand te nemen, omme van dezelve de kennisse te beginnen, dog niet om d'eene met d'andere definitivelijk af te doen: maar de zaak in Conventie voor d'andere, zoo haast als 't mogelijk is; de zaak in Reconventie als het Proces volschreven is en geconcludeerd in Rechten." Hetzelfde leert VOET n°. 86 van dit geval opmerkende „reconventionem ad id saltem proficere posse, ut actor summaria agens actione judicem eundem agnoscat mutua conventus petitione et ita competens ibi forum sortiatur". HUBER n°. 10 stelt wel op den voorgrond dat in een summier proces de wedereisch alleen kan worden toegelaten indien ook deze van summieren aard is, en hij wijst ook hierop, in n°. 12, om in het possessoir, de petitoire vordering bij wijze van reconventie uit te sluiten, doch schijnt toch evenals MERULA ze in het summier proces in 't algemeen toe te laten, mits de instantien

gescheiden worden „omdat anders een eischer van het summier proces ongelijk soude geschieden indien syn sake, door een ander van langer train opgehouden soude worden." Bij de Algemeene Manier van 1799 wordt in art. 76 en v.v. en evenzoo in het Wetboek van 1809, in art. 620 en volgende, bij de algemeene regeling van de wijze waarop de zaken voldongen worden, tevens geregeld de wijze waarop de behandeling der reconventie moet plaats hebben zóó dat zij met die der conventie pari passu kan gaan.

Terwijl alzoo MERULA, VOET en HUBER de splitsing van beide vorderingen bij de behandeling meer bepaaldelijk laten afhangen van de omstandigheid dat de eisch in conventie van summiere behandeling is en zij vooral in het oog houden, dat de instelling van een eisch in reconventie de behandeling van den eisch in conventie niet van langer train moet doen worden, zoo beval onze wetgever in 1838 dat, indien een der beide zaken vatbaar worden om summier behandeld te worden, splitsing moest plaats hebben. Voorts gaf hij in 't algemeen den rechter de bevoegdheid om, afgezien zelfs van den summieren aard van een van beide vorderingen, de splitsing te bevelen, indien de eene vordering vroeger dan de ander kon worden afgedaan. Hij wilde dus dat noch de conventie door de reconventie zou worden opgehouden noch de behandeling der reconventie om die der conventie langer zou duren in den zin van hetgeen MIDDELLANDT op VROMANS t. a. p. zoo kort en duidelijk als regel stelt. Dat de bepaling omtrent de summiere zaken in 1896 verviel spreekt van zelf, doch de regel omtrent 's rechters bevoegdheid tot splitsing bleef in art. 252 behouden. Van die bevoegheid zal de rechter al licht gebruik maken indien ter zake van den eisch in conventie op korten termijn werd gedagvaard, maar ook indien de reconventie van dien aard mocht wezen dat de spoedige behandeling als voor zaken op korten termijn voorgeschreven daarbij gewenscht mocht zijn. Dan heeft toch altijd de reconventie dit gevolg dat de rechter voor wien die vordering gebracht werd daarover bevoegd blijft te oordeelen. Cf. VOET t. a. p.

Wordt de eisch in conventie met die in reconventie tegelijk voldongen, dan zal, den eischer van zelf de gelegenheid moeten worden gegeven om op den eisch in reconventie, bij conclusie van antwoord door den gedaagde gedaan, bij eene conclusie te antwoorden. Met opzicht tot de reconventie wordt dan de conclusie van den eischer in conventie, verweerder in reconventie, de conclusie van den verweerder waarvan art. 141 spreekt, enz. en is ook op den verweerder in conventie toe-

passelijk de bepaling van § 2 van dat artikel, dat hij al zijne middelen heeft te vereenigen. En de uitzondering kan hier ook te pas komen, want eene exceptie van beraad laat zich zeer goed denken. Immers tegenover een eisch in conventie die iemand uit eigen hoofde instelt kan zeker een reconventioneele eisch tegen hem in hoedanigheid als erfgenaam ingesteld worden. Art. 250 n°. 1 staat daaraan natuurlijk niet in den weg. Dat dan de eisch in conventie zijn eigen gang gaat is duidelijk.

Bij de pleidooien wordt, voor zoover mij bekend, en terecht, de regel gevolgd welke in de Algemeene Manier 1799 art. 263 en in het Wetboek van 1809 art. 824 was voorgeschreven: „De pleidooien zullen, zonder onderscheid of er reconventie in het proces plaats heeft dan niet, gedaan worden bij eisch, antwoord, re- en dupliek."

De splitsing zal door den rechter worden uitgesproken wanneer zijn oordeel daarover door eene der partijen, welke de splitsing verlangt, zal zijn ingeroepen. Voor eene uitspraak daaromtrent ambtshalve door den rechter te geven, bestaat, dunkt mij, geen grond.

Het op zoodanig geschil te wijzen vonnis behoort tot de preparatoire en zal dus niet dan met het vonnis op de hoofdzaak aan het oordeel des rechters in hooger beroep kunnen worden onderworpen. Verg. art. 46 § 2 en 336 B. R. Arrest Hof 's Hertogenbosch 13 Maart 1877, W. v. h. R. n°. 4290.

Indien de eischer in conventie niet van antwoord dient op den eisch in reconventie tegen hem ingesteld, beslist de rechter in reconventie op de eenzijdige voordracht des eischers in reconventie als op tegenspraak. Eischer in conv. tot antwoord op reconv. verplicht?

Er kan in dit geval geen sprake zijn van verstek. Immers de reconventie berust juist op de aan den gedaagde verleende bevoegdheid om den tegenover hem in het geding staanden eischer bij die gelegenheid aan te spreken. De stelling des eischers in conventie, gedaagde of, beter, verweerder in reconventie, staat gelijk met die van een gedaagde die verschenen zijnde op de eerste terechtzitting, later wegblijft en niet antwoordt op den tegen hem ingestelden eisch. Er wordt op den eisch in reconventie als op tegenspraak recht gedaan.

Onze oude processualisten waren verdeeld omtrent het gevolg van het niet-antwoorden des eischers. Volgens Merula zou de gedaagde dan niet gehouden te zijn iets te zeggen op de conclusie des eischers in conventie en zou zelfs de rechter bevoegd zijn den eischer „recht en

justitie te ontzeggen in de conventie." Cap. 4. Ditzelfde leerde reeds TANCRED ordo iudiciarius (ed. BERGMANN) p. 187 – 189, terwijl BALDUS uitstel van de uitspraak over den eisch in reconventie wilde. MIDDELLANDT teekent aan (bl. 28 kol. 2), dat het gevolg is: scheiding van de reconventie van de conventie en gevolgen als van verstek ten profijte des eischers in reconventie. VOET n⁰. 10 zegt hetzelfde als MERULA, dat nl. de gedaagde tegen den niet-antwoordenden eischer niet behoeft voort te procedeeren, maar hij kent hem tevens de bevoegdheid toe om èn de conventie èn de reconventie tegen den oorspronkelijken eischer als bij verstek door te zetten.

Volgens de Alg. Manier 1799 schijnt het gevolg van het niet antwoorden door den eischer op de reconventie neer te komen op hetgeen ik voor ons recht uit de bepalingen omtrent het verweren en voldingen afleidde. Immers, terwijl volgens art. 76 de eischer verplicht is, bij zijne repliek op het antwoord, den gedaagde tevens te antwoorden op de reconventie, bepaalt art. 81 dat, wanneer een der partijen op den daartoe bepaalden dag niet repliceert, de wederpartij verzoekt en de Rechter verklaart dat de zaak zal worden gehouden voor voldongen. Dezelfde bepalingen treft men in het Wetboek van 1809 art. 320 en 624 aan.

Dat, gelijk o. a. VOET n⁰. 78 opmerkt, de eischer in conventie zich niet aan de reconventie kan onttrekken door afstand van de instantie in conventie te doen, volgt naar ons recht reeds daaruit dat na het antwoord — en een eisch in reconventie onderstelt dat er van antwoord is gediend — door den eischer niet anders afstand mag worden gedaan dan met toestemming van den gedaagde. Art. 277. Mocht nu al de gedaagde in dien afstand toestemmen, daarmede had hij zelf geen afstand van de reconventie gedaan en zou dus deze niettemin, overeenkomstig de wet bij antwoord bij den rechter aanhangig gemaakt, ook bij hem aanhangig blijven.

Vonnis. De eisch in reconventie wordt met dien in conventie bij een en hetzelfde vonnis afgedaan.

Indien er splitsing heeft plaats gehad vóór het voldingen van beide zaken, wordt ook in beide afzonderlijk doch altijd door denzelfden rechter gevonnist.

Ook zonder dat splitsing was bevolen voor het voldingen, kan de rechter, bevindende dat de eene zaak vóór de andere kan worden afgedaan, de eene afdoen en in de andere doen voortprocedeeren. Art. 252.

„De Juge is gehouden" zegt MERULA. Cap. 5. „van beide gelijk kennis te nemen. Beider allegatiën redenen en bescheid hoorende en naarstelijk overwegende even groot en goed regard nemende op beide, doch altijd eerst op de conventie als priore loco nata", altijd weder met beroep op MARANTA. Dit zal ook thans nog wel toegepast moeten worden. Toch kunnen, bij de ruime toepassing van de reconventie, de bijzondere omstandigheden der zaak en de verhouding tusschen beide vorderingen eene afwijking van dien regel noodzakelijk maken. Wanneer tegenover een eisch tot echtscheiding een reconventioneele eisch tot echtscheiding wordt toegelaten, zoude de uitspraak van echtscheiding op de conventie de uitspraak daarvan op de reconventie onmogelijk maken. Toch zou het kunnen zijn dat de eisch van beide zijden gegrond ware en zou het niet aangaan de nadeelen der echtscheiding alleen toe te rekenen aan den eischer in reconventie op grond, dat de tegenpartij hem bij het instellen van den eisch tot echtscheiding voor was geweest. (Verg. echter vonnis Maastricht bij v. OPPEN, t. a. p. n°. 57 en Amsterdam ald. n°. 2.). Het komt mij althans voor dat hier niet kan gevolgd worden het voorschrift door BALDUS gegeven (Add. ad. Durantis § 5.): „Conventio et reconventio debent simul una sententia terminari; duae tamen sententiae sunt pronuntiandae et duae formae." Zal in het aangegeven geval de rechter tot eene rechtvaardige uitspraak komen, dan zal hij de voor beide eischen aangevoerde feiten gelijkelijk en gezamenlijk hebben te overwegen en, waar beide gegrond werden bevonden, zal de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding bij ééne uitspraak, recht doende op den eisch in conventie en op dien in reconventie, met toewijzing van den eisch en van den wedereisch moeten geschieden d. w. z. de echtscheiding zoowel tegen den een als tegen den ander worden uitgesproken.

Reeds BALDUS leerde t. a. p. dat, als de eene zaak vóór de andere ter beslissing rijp was, bij afzonderlijke vonnissen uitspraak moest worden gedaan en MARANTA zegt hetzelfde. Ook MERULA leert Cap. 5 n°. 3: „Waar 't zaake dat de Juge bevonden word meer te spoedigen de zaake van conventie dan van reconventie zoekende d'een voor d'ander definitivelijk af te doen: in dezen gevalle zou 't werk van de Juge met de Sententie daarop gevolgd, wel mogen gehouden worden voor goed en van waarde (hoewel zommige contraire sustineeren) doch zoude de Verweerder in Conventie en Eischer in Reconventie daar van om

zulk grief mogen appelleeren." Dit laatste merkte ik reeds hierboven op, toen ik het vonnis over de splitsing als een praeparatoir vonnis qualificeerde. Doch hierboven in den tekst heb ik bepaaldelijk het oog op het geval dat aanvankelijk geen splitsing was bevolen en beide zaken tegelijk in staat van wijzen zijn gebracht. Hebben nu in de eene zaak de pleidooien geleid tot eene nadere conclusie, waarbij een nader onderzoek gevraagd wordt of bewijs wordt aangeboden, of acht de rechter ambtshalve een onderzoek in de eene of andere zaak noodig, dan zal hij daarom de andere voor definitieve beslissing rijp kunnen achten en dan in eene van beide zaken het gewilde onderzoek bevelende, en daartoe die zaak aanhoudende, in de andere definitief kunnen beslissen. De geschiedenis der instelling en het beginsel dat de wetgever volgde in art. 251, dat de eene zaak niet om de andere moet worden opgehouden, brengen deze bevoegdheid des rechters mede en de woorden van art. 252 behoeven niet in dien zin te worden verstaan, dat als eens het tegelijk voldingen is bevolen, ook de uitspraak bij een en hetzelfde vonnis noodzakelijk zoude zijn. Het tegendeel kan niet worden afgeleid uit art. 253 § 2.

Bevoegdheid des rechters.

De aan den gedaagde toegekende bevoegdheid om een eisch tot reconventie bij denzelfden rechter in te stellen heeft ten gevolge dat deze rechter met opzicht tot dien eisch tot oordeelen bevoegd is en in dien zin (Verg. I. bl. 394) wordt dus zijne rechtsmacht uitgebreid

In het hoogste ressort?

Wat aangaat zijne bevoegdheid om in het hoogste ressort of onder hooger beroep recht te spreken, deze is afhankelijk van het bijeen gevoegd bedrag der beide vorderingen. Gaat het gezamenlijk bedrag der beide vorderingen de rechtsmacht van den rechter om in het hoogste ressort recht te spreken te boven, dan wordt hooger beroep toegelaten. Mochten evenwel de beide zaken zijn gesplitst en daarin afzonderlijk gevonnist zijn, dan blijven de voor het hooger beroep gestelde regelen op iedere zaak toepasselijk. Art. 253.

De reconventie brengt alleen verandering in de betrekkelijke bevoegdheid des rechters. Zie I blz. 381 vv. en hierboven bl. 18.

Ten aanzien van de volstrekte bevoegdheid oefent de reconventie alleen invloed uit bij de bepaling der appellabiliteit. Wanneer het bedrag van de vordering in reconventie gevoegd bij dat van die in conventie boven de *f* 200 komt, blijft de kantonrechter bevoegd om van beide

vorderingen kennis te nemen. Immers de bevoegdheid omtrent den eisch in reconventie wordt alleen uitgesloten, wanneer deze op zich zelve boven de *f* 200 ware. Art. 250 n°. 2. Daarom kan het niet consequent geacht worden, wanneer de wetgever in art. 253 § 1 de appellabiliteit van het gezamenlijk bedrag der vorderingen afhankelijk stelt. Het gevolg zal zijn dat als twee niet appellabele vorderingen (beide beneden *f* 50) bij den kantonrechter zullen zijn gebracht in conventie en reconventie, zij daardoor appellabel worden, wanneer nl. hun gezamenlijk bedrag *f* 50 te boven gaat. De aard der reconventie brengt dat niet mede. Daarom bepaalde de wetgever in 1861 (Wet N. R. I. art. 51) terecht, dat hooger beroep niet wordt toegelaten, wanneer de kantonrechter bevoegd is, zoowel over den eisch in conventie als over dien in reconventie in het hoogste ressort recht te spreken. Iets anders zou het zijn, wanneer over een der beide eischen slechts in eersten aanleg kan worden recht gesproken. Voor dat geval bepaalt dezelfde wet in art. 51 § 2 dat het beroep voor beide wordt toegelaten, tenzij (§ 3) beide zaken mochten zijn gesplitst, en daarin afzonderlijk mocht zijn gevonnist. Dit is geheel in overeenstemming met de hoofdstrekking der reconventie: de gelijktijdige en gezamenlijke behandeling van de beide zaken bij denzelfden rechter. Heeft dit plaats gehad, bleken de beide zaken daarvoor vatbaar te zijn, dan moeten zij ook niet voor het appèl weder van elkander gerukt worden en, terwijl hooger beroep regel is, behoort de anders voor beroep niet vatbare zaak, nu daarvoor vatbaar verklaard te worden. Verg. fransch ontwerp van 1886 in den titel „des incidents," art. 3.

Bij splitsing volgt iedere zaak haar eigen lot. „Buitengemeen zonderling" noemt LIPMAN, Wetb. v. B. R. bl. 114, dit gevolg aan de splitsing door art. 252 § 2 verbonden, omdat daarbij „daadwerkelijk den rechter zelven de keuze gelaten wordt, of hij in het eerste dan wel in het hoogste ressort wil rechtspreken." Ofschoon OUDEMAN I blz. 294 en DE PINTO blz. 390 dit gevoelen deelen, acht ik het om het boven gezegde onjuist. Genoemde rechtsgeleerden vergeten, dat van geen keuze des rechters, welke willekeur veronderstelt, sprake kan zijn, waar de rechter tot de splitsing gehouden is door de wet (art. 252 § 2), (oud) of de splitsing beveelt na te hebben bevonden dat de eene zaak vroeger dan de andere kan worden afgedaan. In geen geval laat dus de wetgever aan den rechter de keuze; willekeur in zijne beslissing sluit zij duidelijk genoeg uit. De bepaling van de wet van 1861 was

ook voorgesteld in het Ontwerp van 1855 tot vereenvoudiging in de rechtspleging, art. 12. In België toonde de wetgever zich bevreesd voor willekeur van den gedaagde, die de hoofdzaak appellabel zou trachten te maken door eene appellabele reconvent. vordering in te stellen. Zelfs leverde de jurisprudentie voorbeelden op dat de rechter dit misbruik in zijne vonnissen signaleerde. Zie Rapport ALLARD bl. 167 en THONISSEN p. 57. Daarom heeft de belgische wet van 1876 beide vorderingen, haar eigen natuur, ook wat betreft de beroepbaarheid, laten behouden, art. 37. Bij ons werd door de derde afdeeling der Tweede Kamer indertijd dit bezwaar tegen art. 253 ingebracht. De Regeering meende dat het door de bevoegdheid des rechters om te splitsen werd voorkomen. Ik geloof niet dat dit juist is. Want dat is niet de grond, die 's rechters oordeel moet bepalen, omtrent de vraag of de eene zaak vroeger dan de andere kan worden afgedaan.

Schriftelijke behandeling. In zaken waarin eene schriftelijke behandeling bevolen is, moet de reconventioneele eisch gedaan worden bij de schriftuur van antwoord bedoeld in art. 165. Is de reconventioneele vordering niet aan de schriftelijke behandeling onderworpen, dan zal de splitsing gevraagd moeten worden bij acte van procureur tot procureur, waarbij de tegenpartij ter terechtzitting wordt geroepen om de splitsing te hooren uitspreken en partijen, ten aanzien van den reconventioneelen eisch, naar de mondelinge behandeling te hooren verwijzen en conclusie te doen nemen ter audiëntie.

Verg. OUDEMAN I bl. 291.

Kantongerechten. Bij de kantongerechten zijn de bepalingen van art. 250 v.v. omtrent de reconventie toepasselijk volgens art. 125. De voorschriften omtrent het verweren en voldingen in betrekking tot de reconventie zullen hier die wijzigingen ondergaan als in het algemeen het verschil in de procedure voor de kantongerechten medebrengt.

§ 80.

§ 80. DEELNEMING IN OF AAN EEN TUSSCHEN ANDEREN HANGEND GEDING.

I. IN HET ALGEMEEN.

Overzicht der onderscheidene gevallen. Een derde kan in een tusschen anderen aanhangig geding tot handhaving van zijn recht opkomen, hetzij om dit tegenover beide partijen te doen gelden, hetzij omdat hij, bij de overwinning van eene der partijen belang hebbende, deze in eisch of verwering wil ondersteunen. In het eerste geval heeft er tusschenkomst, in het andere voeging plaats.

De voeging kan òf geheel uit eigen wil plaats hebben, òf ten gevolge van eene daartoe door eene der partijen gedane oproeping. Alleen de eerste is in onze wet onder de benaming van voeging bekend; de tweede kan het gevolg zijn van de oproeping in vrijwaring, welke eene op zich zelf staande wijze van deelneming van derden is in of aan een tusschen anderen aanhangig geding.

Cf. § 21, I bl. 150—152.

Onze tusschenkomst is blijkbaar de intervention van het fransche recht en de nauwe verwantschap met de romeinsche interventio ligt voor de hand. Toch wordt intervenire in de romeinsche rechtsbronnen alleen gebruikt voor wat wij meer bepaald voeging plegen te noemen. l. 63 D. de re jud. 42, 1. l. 4 § 4. D. de app. 49, 1. Nauwkeuriger is daarvoor de ook in de bronnen gebezigde uitdrukking „causae adesse". l. 69 D. de procur. 3, 3. l. 55 pr. D. de evict. 21, 2 l. 29 pr. D. de inoff. test. 5, 2. Onze tusschenkomst in de bepaalde in den tekst aangegeven beteekenis was als zoodanig in het R. R. niet bekend. PLANCK heeft in zijne uitstekende verhandeling „die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht", § 55, aangetoond hoe, naar aanleiding van hetgeen de italiaansche rechtsgeleerden uit eenige met het R. R. in verband gebrachte plaatsen van Canoniek recht hadden afgeleid, de duitsche processualisten als GAILL († 1587) en P. FRIDERUS *Mindanus* († 1616) de grondleggers zijn geweest van eene algemeene theorie voor de interventie, waarbij wat wij als tusschenkomst en voeging hebben aangeduid tot ééne instelling en onder de gemeenschappelijke benaming van tusschenkomst werd gebracht, welke dan in interventio principalis en accessoria (de laatste aanwijzende de interventie der Romeinen) werd onderscheiden. FRIDERUS onderscheidde bepaaldelijk de interventio ad submovendum vel ad assistendum. Het nadeelig gevolg der theorie was, dat twee instellingen die wezenlijk verschillen, aan dezelfde regelen werden onderworpen, terwijl datgene wat zij beide gemeen hebben niet wezenlijk maar toevallig is. PLANCK stelt dan ook, op 't voorbeeld van LINDE, Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess V. 420 v., voor om te scheiden wat verkeerdelijk vereenigd werd en zooveel mogelijk tot het R. R. terug te keeren. WETZELL volgt hem in hoofdzaak in § 64 van zijn System. Doch de duitsche wetgever heeft de gangbaar geworden

theorie behouden, terwijl hij in B. I Abschn. 2. tit. 3 onder het opschrift: „Betheiligung dritter am Rechtsstreite" de Hauptintervention § 61, 62 en de Nebenintervention § 63—68 regelt, elk van beide daarbij evenwel aan eigene regelen onderwerpende.

De fransche wetgever heeft aan dit onderwerp geringe aandacht geschonken. Op het voorbeeld van de ordonnantie van 1667, die, in den elfden titel over de wijze van procedeeren bij de rechterlijke colleges (des délais et procédures ès cours de parlement, grand conseil et cours des aides, en première instance et cause d'appél), in een eenig art. 28, niets anders bepaalde dan hoe de intervention werd aangebracht en berecht, bepaalt ook de fransche wetgever zich in den C. de proc. (art. 339—341) tot enkele regelen omtrent de wijze van procedeeren. zonder in 't minst de bevoegdheid tot interventie nader te bepalen. Dit geeft zelfs CARRÉ aanleiding om op de n°. 1270 gestelde vraag: En quel cas une partie peut-elle intervenir dans un procès? te antwoorden: „Cette question tient plutôt soit à la qualité soit au fond du droit des parties, qu'aux règles et aux formalités de la procédure; et par ce motif nous sommes dispensés de lui donner tous les développemens dont elle serait susceptible." (Verg. de in Dl. I bl. 14 medegedeelde opmerking van PUCHTA). Intusschen geeft hij toch eene nadere verklaring van het woord intervention door er op te wijzen, dat daaronder begrepen is zoowel de hierboven aangeduide door de Duitschers dus genoemde Nebenintervention als hunne Hauptintervention. Toch worden beide niet zorgvuldig onderscheiden. Evenmin bij de andere fr. schrijvers, ook niet in de jurisprudentie. Eene uitzondering maakt BOURBEAU. Al houdt hij in zijne Continuation de BONCENNE, Theorie V, p. 108 sv. aan de uitgebreide beteekenis aan intervention gegeven vast, geen der fransche schrijvers geeft eene betere principieele ontwikkeling van het leerstuk en onderscheiding der beide soorten van interventie. Zie echter nu ook GARSONNET §§ 384, 385. (Dl. II. p. 674). De Franschen onderscheiden intervention agressive en conservatoire. Ook in het fransche recht is dus het begrip veel uitgebreider dan dat van de oorspronkelijke romeinsche interventio. Onze wetgever heeft, in de artt. 285—288, den franschen in hoofdzaak volgende, toch gemeend te moeten aanwijzen, wie tot interventie bevoegd zijn (art. 285) maar hij heeft bovendien, bij de herziening, welke het wetboek in 1837 onderging, de instelling zelve niet uitsluitend met de algemeene benaming van tusschenkomst aangewezen, maar daarbij tevens van voeging gesproken. Tot toe-

lichting dezer bijvoeging werd gezegd: „Behalve de interventie of tusschenkomst was ook ten allen tijde in de praktijk bekend eene voeging: dit kan te pas komen, wanneer een derde belang heeft zich met een der partijen te voegen, dan blijven de partij en de gevoegde te zamen in het geding, terwijl de intervenient eigenlijk in de plaats der partij tusschentreedt; men kan wel de voeging onder het algemeen begrip van interventie verstaan, doch het is meer juist voorgekomen dit onderscheid aanschouwelijk te maken ook in de uitdrukking, daar het reeds in den aard der zaak bestaat." Wellicht heeft men bij deze onderscheiding op het oog gehad het overnemen van de zaak in tegenstelling van het zich voegen, zooals dit geregeld wordt in de Algemeene Manier van proc. 1799 (§ 93 en 94 van de Manier van procedeeren voor de Rechtbanken) en in art. 643 en 644 van het Wetboek van 1809, v. D. LINDEN Ontwerp IVe B. tit, 2. art. 6 en 7. Cf. MERULA IV. tit. 47 cap. 1; VAN WASSENAER Praxis Judiciaria Cap. I n°. 95 sqq. en n°. 101. GROTIUS maakt in zijn Isagoge II. cap. 6, § 20 echter ook melding van eene „adjunctio quae a tertio opponente fit: is enim tertius et suum tantum interesse persequitur et neutri litigantium ad rem in iudicium deductam sed sibi soli ius competere dicit". Bij de toelichting van onze wet werd intusschen vergeten dat men bezig was den Code de pr. aan te vullen en dat dáár de tusschenkomst niet beteekende eene interventie met het doel om eene partij buiten het proces te stellen, hoedanige buiten proces stelling toch in den Code, evenals bij ons, alleen bij de formeele vrijwaring te pas komt. De Franschen verstonden onder „intervention" zoowel de Haupt-intervention" der Duitschers als hunne Neben-intervention, de interventio der Romeinen, voor welke laatste wij in het bijzonder van voeging kunnen spreken. De onderscheiding, die onze wetgever alzoo maakte tusschen tusschenkomst en voeging kon aan de tusschenkomst in meer bepaalden zin niet ontnemen de beteekenis welke zij bij de Franschen had. Zij bleef de benaming van het middel voor het geval, dat, zooals CARRÉ het uitdrukt, „l'intervenant se rend partie adverse de l'un et de l'autre (demandeur et défendeur). In den zin van CARRÉ (*)

(*) Verg. art. 151 van den door het fransche Hof van Cassatie voorgestelden Livre I du Code judiciaire: »L'intervention est une voie qu'on prend pour se rendre incidemment partie dans un procès, soit pour prendre le fait et cause d'une des parties, soit pour quelque intérêt particulier, qui diffère de celui des plaideurs, mais qui a quelque connexité naturelle avec la contestation." Zie Dl. I. Bijl. bl. XXVIII.

vatten dan ook OUDEMAN I bl. 319 en DE PINTO II 1, bl. 400 de tusschenkomst op en wees het Hof van Noordholland in een arrest van 3 Mei 1855 W. nº. 1723 op dit onderscheid tusschen tusschenkomst en voeging; in dien zin is er eene juiste onderscheiding gemaakt. Terwijl nu de Franschen met hunne intervention de rom. interventio tot een ander daar niet toebehoorend geval uitbreiden, de Duitschers de rom. interventio als Neben-intervention qualificeeren en daarnaast eene den Romeinen niet bekende Haupt-intervention aannemen, heeft bij ons de romeinsche interventio de benaming van voeging gekregen en staat de tusschenkomst als eene in den vorm althans verwante instelling daarnaast. Was het causae adesse voor de rom. instelling eene betere aanduiding dan intervenire, ons voeging is, nu men nog eene andere tusschenkomst kent dan de rom. interventio, daarvoor een veel betere benaming. Doch de terminologie, welke onze wetgever in art. 285 wilde aannemen, is volstrekt geen standvastige. Men heeft althans geen recht om, waar de wet in bijzondere gevallen van tusschenkomst in een geding spreekt, alleen op grond daarvan aan de tusschenkomst tegenover de voeging te denken ook niet in den zin waarin de toelichting van 1837 het onderscheid opvatte. Als vertaling van het fr. intervention kan er zeer wel voeging onder te verstaan zijn. En zoo was de Rechtbank te Utrecht bij haar vonnis van 20 Januari 1897 W. 6910 terecht van oordeel, dat wie zegt tusschen te komen doch in de meer bepaalde beteekenis van het woord zich voegt, in zijne vordering toch ontvankelijk is.

In het ontwerp van 1865 wordt er op gewezen, dat de voeging eene species is van het genus: tusschenkomst. Of dit volkomen juist is, laat ik voor het oogenblik daar, het is de reden waarom er van tusschenkomst en voeging wordt gehandeld; zeker komt het eigenaardige der voeging beter uit door de bijvoeging: „zich bij eene der partijen mogen voegen". Of het laconisme, dat overigens ook het Ontwerp bij de regeling van dit onderwerp blijft inachtnemen, wordt gerechtvaardigd door de opmerking, „dat het verschil in de praktijk genoeg bekend is en daarenboven de procedure in beide gevallen dezelfde is," (moet dit ook zoo zijn?) valt te betwijfelen. In een arrest van den Hoogen Raad 6 April 1897 W. 6585 vond ik aanleiding het onderscheid tusschen voeging en tusschenkomst nader uiteen te zetten. Zie Rechtsg. Mag. XVI, bl. 44 vv. Zie daarover ook v. ROSSEM op art. 285, bl. 304.

Voeging kan door eene oproeping in vrijwaring bewerkt worden, doch dan valt zij niet onder de technische beteekenis van het woord. Ook is het er ver af dat de oproeping in vrijwaring alleen betrekking zou hebben tot eene uitnoodiging aan een derde gedaan om met een der partijen aan een tusschen haar en een andere aanhangig rechtsgeding deel te nemen. De oproeping in vrijwaring is eene zelfstandige van de voeging te onderscheiden instelling, ofschoon zij door haar gevolg in enkele gevallen met de voeging verband houdt. Zie art. 72.

Bij de fransche schrijvers en in de fr. jurisprudentie wordt algemeen een passieve of gedwongen tusschenkomst aangenomen. OUDEMAN acht die ook bij ons toegelaten (I § 151) doch DE PINTO verdedigt, op weinig afdoende gronden, het tegenovergesteld gevoelen (II, 1 bl. 400), dat mij juist voorkomt. Ik heb dit gevoelen nader ontwikkeld in het Rechtsgeleerd Magazijn 1888 bl. 304—334, welk opstel hierachter als Bijlage is opgenomen. Zie ook Revue Critique de législ. et de jurispr. 1888 p. 462—486. Mr. VAN ROSSEM verwerpt ook de gedwongen tusschenkomst op art. 285 bl. 306. De rechtb. van Roermond achtte haar bij vonnis van 9 Nov. 1893, W. 6796 toegelaten. Mijn opstel in de Revue Critique, in hoofdzaak eene vertaling van dat in het Rechtsg. Magazijn, heeft in het bijzonder de aandacht getrokken van den heer TISSIER, die in een Appendice van het IVe hoofdstuk zijner door de Parijsche faculteit bekroonde prijsverhandeling over het derde verzet (Théorie et pratique de la tierce opposition. Paris 1890 p. 229—239), vooral naar aanleiding van mijn opstel, de vraag behandelt: „Peut-on toujours assigner en déclaration de jugement commun celui dont on veut prévenir la tierce opposition"? Wat de gronden betreft waarop de toelating van die assignation en déclaration de jugement commun door de auteurs en de jurisprudentie vrij algemeen verdedigd werd, is de schrijver met mij van oordeel, dat deze niet afdoende zijn. „Nous pensons fermement", zegt hij t. a. p. p. 233 „que la légitimité de l'intervention forcée n'est pas absolument établie par les considérations que nous venons de rappeler et qu'elles ont besoin d'être complétées." En dan betoogt hij dat de schending van het „nemo invitus agere cogatur" (het hoofdargument in mijn betoog tegen de gedwongen tusschenkomst) niet kan gezegd worden aanwezig te zijn „du moment qu'on admet, et nous avons essayé de

l'établir, que pour être recevable à faire tierce opposition, il faut avoir dû être appelé." En tot de zoodanigen, die geroepen hadden moeten worden, de tierce opposition beperkende houdt hij zich ook voor dezen aan de intervention forcée. Voor mij, die dat vereischte tot het derde verzet, dat nl. degene, die van het middel gebruik maakt, in het geding geroepen had moeten worden, niet aanneem, daar het m. i. noch in onze wet, noch in den Code de procédure aan het middel gesteld kan worden, (zie Dl. V bl. 405 enz. bl. 410) geldt het argument niet.

Dat de voeging en tusschenkomst in ons Wetb. van de incidenteele vorderingen is gescheiden en in titel III, in de 17de afd., bijna geheel achteraan komt, is wellicht daaraan toe te schrijven, dat deze incidenteele vordering door een derde ingesteld wordt en alzoo het geding niet tot de oorspronkelijke partijen beperkt blijft.

Het gemeenschappelijk kenmerk van de drie hier saamgevoegde instellingen : tusschenkomst, voeging en oproeping in vrijwaring ligt daarin dat een derde in een tusschen anderen hangend geding optreedt. Ik meen daarbij van deelneming in een geding bij tusschenkomst, deelneming aan een geding bij voeging en van beide bij vrijwaring te mogen spreken.

§ 81.

Vervolg.

II. Tusschenkomst.

Wanneer komt zij te pas?

Beweert een derde aanspraak te kunnen maken op een zaak of recht, waarover tusschen andere personen een geding aanhangig is gemaakt, dan kan hij in dit geding tusschenkomen en langs dien weg den eisch tot erkenning van zijn recht tegen beide partijen instellen. Arg. art. 285.

De tusschenkomst is alzoo eene bijzondere wijze waarop iemand een eisch kan instellen. Is de gewone weg die van dagvaarding van den tegenstander, hier spreekt men hem aan in een geding waarin bij

reeds met een ander over het voorwerp van den strijd is gewikkeld.

Art. 285 zegt eenvoudig, dat een ieder, die een belang heeft in een rechtsgeding tusschen andere partijen aanhangig, tot voeging of tusschenkomst bevoegd is. Was het van zooveel gewicht daarover eene afzonderlijke bepaling te maken? Of zou aan dergelijk optreden in een tusschen anderen gevoerd geding te denken zijn zonder dat er eenig belang bestond? Waren de fransche schrijvers het bij de behandeling der intervention zoo geheel eens over de natuur van het belang en twisten zij b.v. niet, of hier aan een dadelijk aanwezig of ook aan een voorwaardelijk of toekomstig belang, aan een onmiddellijk of ook aan een middellijk belang te denken zij? En wanneer men mag aannemen, dat de wetgever door eenvoudig van belang te spreken, geen enkel belang heeft willen uitsluiten, werd dan toch de uitdrukking niet te onbepaald, nu men van tusschenkomst en voeging beide ging handelen? Kon bij de tusschenkomst althans dat belang niet nader bepaald zijn? Naar aanleiding van hetgeen door de fransche schrijvers omtrent de tweeërlei intervention geleerd wordt, acht ik 't geoorloofd om ook voor ons recht gebruik te maken van hetgeen de Duitschers met hunne onderscheiding van Haupt- en Neben-intervention hebben in het licht gesteld en alzoo bij de tusschenkomst het belang te zoeken in het bestrijden van beider partijen beweringen door daartegenover te stellen een recht, dat de intervenient voor zich zelven, met opzicht tot het voorwerp van het aanhangig geding, beweert te hebben. Zoo spreekt § 61 van de Civilprozessordnung van de bevoegdheid tot Haupt-intervention als toekomende aan hem die „die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt." In dat geval alleen toch zal de intervenient zich stellen tegenover beide partijen.

De tusschenkomst zal alzoo te pas komen, wanneer iemand beweert eigenaar te zijn van eene zaak die een ander van den houder als zijn eigendom opvordert; wanneer tegen den bezitter eener nalatenschap de vordering tot uitkeering der nalatenschap is ingesteld door iemand die als erfgenaam bij versterf daartoe gerechtigd beweert te zijn en een ander beweert als nader bloedverwant of ingevolge testament recht op de nalatenschap te hebben; wanneer een erfgenaam als uitsluitend tot de nalatenschap gerechtigd, de teruggave vordert van eene door den erflater in bewaring gegeven zaak, terwijl een ander als medeerfgenaam daarop ook aanspraak maakt. Voorts: eene schuldvordering is tweemaal aan onderscheiden personen gecedeerd; de schuldenaar wordt tot betaling

aangesproken door hem die het eerst heeft beteekend maar wiens acte van cessie een latere dagteekening draagt; als interveniënt treedt nu de andere cessionaris op zich beroepende op een vroegere cessie ook al werd die later beteekend.

Waartoe strekt die tusschenkomst? Is zij in 't geheel wel noodig? Immers het recht van den eenen eischer is wel in zoover afhankelijk van dat van den ander, dat beide niet tegelijk bestaan kunnen, het eene het andere uitsluit, maar, al wordt de verweerder tegenover den een veroordeeld, is daarmede niet uitgemaakt dat de ander geen recht heeft. Over zijn recht werd niet geoordeeld, hij kan het, zelfs nadat de veroordeelde verweerder aan het veroordeelend vonnis heeft voldaan. tegen dengene aan wien de zaak toegewezen werd, doen gelden. Want „res inter alios iudicata aliis non nocet." Art. 1954 B. W. Let men intusschen op het feitelijk gevolg, dan zal er toch voor den tweeden eischer, ingeval hij niet kan tusschenkomen, wel nadeel kunnen ontstaan en met het oog daarop heeft de wetgever zelfs het middel van verzet door derden toegekend tegen het vonnis dat onze rechten benadeelt (art. 676 v.v.) Zeer natuurlijk is alzoo de toekenning van een middel dat die benadeeling kan voorkomen. Liet men de afzonderlijk tegen denzelfden gedaagde door de onderscheiden rechthebbenden ingestelde vorderingen haar eigen gang gaan, dan zouden tegenstrijdige uitspraken mogelijk worden, in zoover de erkenning van het recht van beide eischers in de onderscheiden processen zelfs door denzelfden rechter mogelijk ware. Men denke slechts aan onvoldoende verdediging. Gelijk nu de gedaagde, wanneer hij, in de voorbeeldshalve vermelde gevallen, voor verschillende rechters mocht zijn gedaagd, door de exceptie van verknochtheid kan bewerken, dat beide vorderingen bij denzelfden rechter in een geding worden saamgebracht en dientengevolge te zamen behandeld, gelijk hij, voor denzelfden rechter gedagvaard, de voeging van beide vorderingen in één geding kan verlangen, zoo heeft de tweede eischer de bevoegdheid ditzelfde gevolg door tusschenkomst te doen ontstaan. Hij voorkomt alzoo het nadeel dat ook hij van tegenstrijdige uitspraken zou kunnen ondervinden. Dezelfde rechter zal over beide aanspraken oordeelen; de tusschenkomende eischer zal tegen denzelfden gedaagde zijn recht tot uitkeering, enz. kunnen doen gelden en tegelijkertijd zal ook over het beter recht van hem of van den eersten eischer uitspraak gedaan worden.

De tweede eischer die in het aanhangig geding tusschenkomt

doet zijn recht gelden tegen BEIDE partijen. Zal dan de eerste eischer tegenover den tweeden de stelling innemen van een verweerder op de door den tweeden ingestelde revindicatie of hereditatis petitio? Dit natuurlijk niet, want de eerste eischer is geen houder der zaak noch bezitter der nalatenschap, maar, daar de tweede eischer beweert eigenaar of uitsluitend erfgenaam te zijn en hij in dit geding tusschenkomt om ook den eersten eischer als eigenaar of erfgenaam te weren en den gedaagde alzoo van dezen los te maken, zoo zal zijne vordering in de eerste plaats gericht zijn tegen den oorspronkelijken verweerder en, terwijl hij erkenning van zijn recht vordert, zal hij vorderen dat de oorspronkelijke verweerder worde veroordeeld tot uitkeering en de oorspronkelijke eischer om dit gevolg „te geheugen en te gedoogen." Gesteld, de eerste eischer kon tegenover den door hem gedaagden in het gelijk gesteld worden, dan zou de uitkeering aan hem plaats hebben van datgene wat hij, op zijne beurt door den tweeden eischer aangesproken, weder aan dezen zou moeten uitkeeren. De tusschenkomst zal niet alleen des tweeden eischers recht kunnen beveiligen maar ook den weg van rechte bekorten; men kan ook hier spreken van eene celeritas coniungendarum actionum. Voorts zal de gezamenlijke behandeling van beide zaken dan ten gevolge hebben dat de eerste eischer tot handhaving van zijn recht den verweerder in zijne verdediging tegen den tweeden eischer ondersteunt, en in zoover naast dezen ook de rol van eene gevoegde partij opneemt.

Mocht de eerste eischer tegenover den tweeden zijn recht opgeven, dan blijft alleen de strijd tusschen gedaagde en den tweeden eischer over. Zijn erkentenis van des tweeden eischers recht zal behoorlijk in rechte geconstateerd worden, doch zijne veroordeeling kan dan achterwege blijven, behalve wat de kosten betreft.

Erkent daarentegen de verweerder des tweeden eischers recht, dan zal de strijd wel hoofdzakelijk tusschen den eersten en den tweeden eischer gevoerd worden, doch, door de gezamenlijke behandeling van beide vorderingen, zal de rechter gelegenheid hebben over het door beiden beweerd voor een hunner bestaand beter recht uitspraak te doen en den gedaagde bij een de beide eischers bindend vonnis tot uitkeering of betaling aan een van beiden veroordeelen.

Het komt mij voor dat op deze wijze alle in het geding betrokken belangen geleidelijk en natuurlijk tot hun recht kunnen komen en dat daarbij het best voldaan wordt aan het doel, dat de wetgever

door de toekenning van het middel van tusschenkomst wil bereikt zien. Strekt toch de tusschenkomst om tegenstrijdige aanspraken in één geding te vereenigen en zoo tegenstrijdige vonnissen te voorkomen, dan moet de wetgever wel gewild hebben dat beide in een en hetzelfde vonnis ter beslissing worden gebracht en beide gelijkelijk worden geïnstrueerd, des noodig de beslissing van de eene op den afloop van de instructie der andere wachte. Op deze wijze kan ook eene bepaling worden gemist als § 92 der Civilprozessordnung bevat, volgens welke het eerst aangevangen geding gestateerd kan worden totdat het tweede bij gewijsde is beslist. Bij WETZELL § 64, p. 857 en n[t]. 17 is te lezen, hoe weinig eenstemmigheid er over eene bepaling als van § 62. (thans § 65) over dat stateeren van het eerste geding, bestond. Terwijl hij zelf meent, dat dit van het goedvinden der partijen in dat geding af hankelijk is, brengt PLANCK het in verband met de vraag, of soms de beslissing van het tweede het eerste geding overbodig kan maken; de meest algemeene meening was wel deze, dat met de toelating der tusschenkomende partij het eerste geding van zelf geschorst werd. Dit laatste kan bij ons voorkomen in zoover als de beslissing in de eene op die in de andere kan moeten wachten. Doch onze wet geeft geen grond voor stateering; evenmin voor de zekerheidstellingen, waartoe de afzonderlijke behandeling en uitwijzing der vorderingen aanleiding kan geven. En terwijl deze zekerheidstellingen voor de behoorlijke behartiging van beider eischers rechten nauwelijks gemist kunnen worden als eene afzonderlijke beslissing wordt toegelaten, wordt ook daardoor de gelijktijdige instructie, en in ieder geval gelijktijdige beslissing van beide vorderingen, zooals wij die hebben voorgesteld, voor onze wet bevestigd. De gelijkstelling van de behandeling der tusschenkomst met die der voeging pleit daar ook voor.

Hoe in te stellen?

Hij die zijn recht bij wijze van tusschenkomst wil doen gelden doet dit bij eene conclusie op de terechtzitting ten dienenden dage.

In die conclusie wordt de bij tusschenkomst in te stellen eisch geformuleerd als bij eene dagvaarding en, naar aanleiding daarvan en op grond van het daaruit blijkend belang, het verlangen te kennen gegeven om in het aanhangig geding met dien eisch te worden toegelaten en hem langs dien weg te zien toewijzen.

De conclusie moet, behalve de gronden waarop de tusschenkomst wordt gevraagd, inhouden eene procureurstelling met opgave van den

voornaam, den naam en de woonplaats van dengene door wien de vordering tot tusschenkomst wordt gedaan, alles op straffe van nietigheid. Hij wordt geacht woonplaats te hebben gekozen bij den gestelden procureur ten ware in de conclusie eene andere keuze mocht zijn aangegeven. Art. 286, 287.

De hoofdpartijen zijn bevoegd de toelating te betwisten.

Wordt de toelating betwist, dan geschiedt dit bij eene conclusie van antwoord en wordt verder als op eene incidenteele vordering (arg. art. 247) voortgeprocedeerd. De rechter zal het geschil beslissende gelasten dat hetzij de hoofdpartijen, hetzij deze met de tusschenkomende partij zullen voortprocedeeren en bepaalt bij hetzelfde vonnis den dag waarop partijen zullen gehouden zijn tot dat einde ter terechtzitting te verschijnen. Art. 287.

Wordt de toelating niet betwist, dan kan door de hoofdpartijen op den bij tusschenkomst ingestelden eisch, hetzij dadelijk, hetzij op een naderen dag worden geantwoord bij conclusie ter audientie en wordt verder als in andere zaken daarop voortgeprocedeerd.

In het wetboek van 1838 hadden de regelen in de artt. 285—288 voor de procedures bij voeging en tusschenkomst voorgeschreven uitsluitend betrekking op zaken van gewone behandeling. Voor zaken van summiere behandeling gold de bepaling van art. 141 (oud) en moesten verder die van art. 285—288 daarvoor zoowat pasklaar worden gemaakt. In verband daarmede staan de wijzigingen welke laatstgemelde bepalingen bij de herziening in 1896 ondergingen om, bij de afschaffing der onderscheiding van de gewone en summiere behandeling ook hier het z. g. rolsysteem in toepassing te brengen. Vandaar de bepaling dat niet alleen de tusschenkomst, evenals de voeging, bij gemotiveerde conclusie ter terechtzitting ten dienenden dage moet worden ingesteld (art. 141 oud) maar dat ook bij die conclusie procureur moet worden gesteld en woonplaats moet worden gekozen, indien men niet wil geacht worden die gekozen te hebben bij den procureur (art. 286 oud), terwijl daarbij niet ten onrechte werd gevoegd in art. 287 (nieuw) de voornaam, naam en woonplaats van dengene door wien de vordering wordt gedaan. Want ofschoon het optreden van een procureur met keuze van woonplaats natuurlijk onderstelt dat daar eene gedingvoerende partij achter zit, vergete men niet dat de conclusie hier tevens de plaats van

de dagvaarding inneemt en de gestelde vereischten dus even goed aan deze conclusie gesteld behooren te worden. En zoo moet dan ook een en ander in de conclusie vermeld worden op straffe van nietigheid. Dat, nu er van een verzoekschrift geen sprake meer is, ook niet meer van een verzoek aan den rechter (art. 285 oud) maar van vordering wordt gesproken, is eene twijfelachtige verbetering. Want niet alleen wordt ook eene conclusie in den vorm van een verzoek aan den rechter gedaan: „dat het den rechter behage", maar we hebben hier met eene vordering in den strikten zin van het woord eigenlijk nog niet te doen. Doch dit daargelaten. Van meer belang is het dat, door de in de wet gebrachte veranderingen meer dan eene kwestie, waartoe de vroegere bepalingen aanleiding gaven, zijn vervallen. Blijft evenwel over de vraag 1°. moet de conclusie alleen de gronden inhouden tot staving van het belang om tusschen te komen of ook de gronden van den eisch, met welken de partij wil tusschenkomen? en voorts 2°. moet de rechter, ook dan wanneer de tusschenkomst niet betwist wordt, een vonnis geven waarbij de tusschenkomst wordt toegestaan?

Wat de eerste vraag betreft, komt het mij voor dat zij in laatstgemelden zin moet worden beantwoord. Wanneer art. 287 bepaalt dat de conclusie waarbij de tusschenkomst wordt gevorderd, de gronden moet inhouden waarop die vordering berust, en dat art. 285 bepaalt dat men tot de vordering gerechtigd is, wanneer men belang heeft in een rechtsgeding, dan zou men kunnen zeggen, dat dit belang kan worden gestaafd met de eenvoudige bewering, dat men aanspraak maakt op de zaak, of het recht waarover het geding tusschen partijen gevoerd wordt. Maar wordt het ingrijpen in een tusschen anderen gevoerd geding gerechtvaardigd door zulk een beweren, dat niet veel anders dan een uit de lucht gegrepen beweren zou kunnen zijn? Mij dunkt het is niet meer dan een redelijke eisch die gesteld wordt, wanneer men verlangt dat hij, die belang beweert te hebben om tusschen te komen, verklare wat hij in dat proces wil komen doen, dat hij dus verklaart zijn recht te willen doen gelden door een eisch in te stellen, maar dan moet hij dezen ook doen kennen door daarvan de gronden en de strekking op te geven, opdat daaruit blijke dat, indien die eisch gegrond mocht worden bevonden, wat natuurlijk te beoordeelen zal zijn als de tusschenkomst is toegelaten, er inderdaad belang bestaat om dien eisch in dit geding te doen gelden. De rechter zal indien het belang

en daarmede de tusschenkomst betwist wordt, het al of niet bestaan van dat belang niet kunnen beoordeelen indien daarvoor niet op zich zelf afdoende gronden zijn aangevoerd. — Wat de tweede vraag betreft, ben ik van oordeel, dat gelijk ik het in den tekst heb aangegeven, bij niet betwisting een vonnis tot toelating der tusschenkomst niet noodig is. Wanneer de hoofdpartijen in het geding de toelating niet betwisten, ontstaat er over de tusschenkomst geen geschil. Er valt dus voor den rechter niets te beslissen. Hij verleent eenvoudig aan de tusschenkomende partij acte dat er geen tegenspraak is gedaan en gelast de hoofdpartijen om met de tusschenkomende partij op den door dezen ingestelden eisch voort te procedeeren. Zeker leverde het oud art 287 een afdoend argument voor mijne meening op door te zeggen dat, „indien de voeging of tusschenkomst betwist wordt, dit incident op de terechtzitting zal worden gebracht en summierlijk behandeld." Doch het nieuw art. 288 dat het oude 287 niet kon overnemen, omdat dit op het vragen van tusschenkomst in zaken van gewone behandeling terugsloeg, gaat toch ook van de onderstelling uit, dat de rechter eene beslissing geeft doordien het incident, het vragen om tusschenkomst, tot eene afzonderlijke behandeling aanleiding gaf, dus betwist is geworden. Dat de tusschenkomst niet zou kunnen plaats hebben dan met toestemming van den rechter, kon met eenigen schijn van grond beweerd worden toen de wet een verzoekschrift aan den rechter om tot tusschenkomst te worden toegelaten voorschreef, thans geeft de wet zelfs dien schijngrond niet meer. Verg. Dl. V. bl. 166 v.

Bij de vordering tot tusschenkomst komt eene inschrijving op de rol niet te pas. De hoofdzaak is op de rol en wordt ten dienenden dage afgeroepen. Die oproeping geeft den procureur der tusschenkomende partij de gelegenheid om zijne vordering met verzoek tot tusschenkomst in het geding te brengen.

Wat de behandeling van de vordering tot tusschenkomst betreft, is zeker de bepaling van art. 247, zij het bij analogie, van toepassing. Op de behandeling van de zaak zelve tusschen de hoofdparpartijen en den intervenient, de vordering waarmede hij tusschenkomt, is art. 142 van toepassing. Want ofschoon de bij tusschenkomst ingestelde eisch eene incidenteele vordering kan worden genoemd, omdat zij naar aanleiding van en in een reeds aanhangig geding wordt ingesteld, zoo staat zij toch wat haren inhoud betreft, met

eene hoofdvordering gelijk, terwijl de bijzondere bepalingen van procedeeren voor de incidenteele vordering vastgesteld, kennelijk alleen slaan op zoodanige incidenteele vorderingen die in den loop van het geding tot afzonderlijke behandeling aanleiding geven. Alleen tusschen de vordering om tusschen te komen en de incidenteele vorderingen der tweede afdeeling van tit. III bestaat wat de wijze van procedure betreft, analogie.

Dat van de genomen conclusiën hier afschrift aan de tegenpartij moet worden gegeven en aan den griffier moet worden uitgereikt, spreekt van zelf.

De wet schrijft in art. 287 voor dat de intervenient bij de conclusie procureur moet stellen; dit met toepassing van het beginsel der verplichte vertegenwoordiging en in overeenstemming met art. 133, daar deze conclusie in de plaats van eene dagvaarding treedt. Ook wordt hier aangenomen dat de woonplaats geacht wordt gekozen te zijn bij den procureur ten ware in de conclusie eene andere keuze mocht zijn uitgedrukt. Dat die gekozene woonplaats evenwel moet zijn binnen de gemeente waar de rechter zitting houdt, zal wel uit art. 5 n°. 1 mogen worden afgeleid.

Dat de hoofdpartijen in het geding op de tusschenkomst geen procureur behoeven te stellen, is duidelijk, dewijl zij juist als gedingvoerende partijen worden aangesproken en dus van een procureur voorzien zijn.

De hoofdpartijen zijn bevoegd de toelating te betwisten.

Alleen in geval van betwisten wordt, gelijk ik hierboven aanwees, eene beslissing des rechters over het belang des intervenients noodzakelijk. Dan wordt dit natuurlijk eene afzonderlijke beslissing. Daaruit mag ook worden afgeleid dat de rechter nimmer ambtshalve op grond van ontbreken van belang de tusschenkomende partij mag afwijzen.

Het vonnis dat deze beslissing inhoudt is, wanneer het de tusschenkomst toelaat, een preparatoir vonnis, art. 46 § 2; wordt daarentegen de tusschenkomst afgewezen dan is het vonnis een definitief vonnis. Gevolg in art. 336. In verband met het bij de wet van 1896 in toepassing gebrachte rolsysteem bepaalt art. 288 dat de rechter het incident beslissende partijen beveelt voort te procedeeren, en hij

bij hetzelfde vonnis den dag bepaalt waarop zij gehouden zijn tot dat einde ter terechtzitting te verschijnen. Des rechters beslissing zal òf de tusschenkomst toelaten òf die afwijzen. In het eerste geval zullen de hoofdpartijen met de tusschenkomende, in het andere geval met elkander voortprocedeeren. Zoo zal de beslissing wel altijd een bevel tot voortprocedeeren inhouden.

Dat de aangegeven wijze van procedeeren ook gevolgd moet worden indien de zaak, dat is, de hoofdzaak welke reeds aanhangig is, bij geschrifte wordt behandeld, verklaart zich gereedelijk daaruit dat hier in de eerste plaats de vraag is naar de ontvankelijkheid van de toelating tot de tusschenkomst. De vordering waarmede men tusschenkomt zelve zal de voor de hoofdzaak voorgeschreven behandeling moeten volgen. De wetgever wil dus zeggen in art. 286 § 2: al is de mondelinge behandeling op de terechtzitting voor het geding zelf uitgesloten, dit incident zal toch op de terechtzitting moeten komen. Doch hoe komt het daar? Art. 286 § 2 zegt: „bij aan beide partijen beteekende akte met exploit van oproeping om ter terechtzitting te verschijnen". Die akte zal wel niet anders kunnen zijn dan een conclusie om te worden toegelaten tot tusschenkomst met een daarbij behoorlijk geformuleerden eisch, dus evenzeer in eene conclusie vervat, de beteekening kan niet anders geschieden dan bij een exploit met overgifte van afschrift daarvan en dat het exploit van oproeping met dat van beteekening vereenigd wordt, m. a. w. dat de oproeping en de beteekening bij één exploit geschiedt, spreekt wel van zelf. Maar dan wil het mij voorkomen dat er betere overeenstemming in de onderscheiden bepalingen zou bestaan, indien art. 286 § 2 dus ware gesteld: „In zaken van schriftelijke behandeling wordt de conclusie (onder overgifte van afschrift) aan beide partijen beteekend bij een exploit waarbij zij tevens ter terechtzitting worden opgeroepen." Nu zal de akte wel evenals de conclusie moeten bevatten wat art. 287 als inhoud van deze laatste aanwijst, maar men zal het moeilijk als eene nietigheid kunnen aanmerken wanneer de procureurstelling en de naam der partij met keuze van woonplaats hier niet in de akte (conclusie) maar in het exploit worden opgenomen. Het exploit moet toch wel ten verzoeke van hem die de vordering tot tusschenkomst instelt gedaan worden en het blijft met de conclusie welke het inhoudt de plaats innemen van dagvaarding en conclusie van eisch, zoowel wat de tusschenkomst als den bij tusschenkomst in te stellen eisch be-

treft. Met eene geringe verandering in de redactie had een en ander duidelijker uitgedrukt kunnen worden, wat vooral bij bedreiging met nietigheid niet overbodig geacht mag worden.

Het incident wordt op de terechtzitting gebracht. Hieruit moet wel volgen dat op die terechtzitting tot betwisting van de toelating gelegenheid gegeven wordt en dat, in geval van betwisting, deze twist met conclusiën ter audientie en des noods pleidooien uitgevochten wordt, doch bij toelating of afwijzing kan van de toepassing van art. 288 geen sprake zijn. De bij tusschenkomst in een geding, waarin schriftelijke behandeling plaats heeft, ingestelde eisch volgt van zelf de voor de hoofdzaak geldende behandeling en dan kan hier geen sprake zijn van voortprocedeeren ter terechtzitting.

Terwijl voor het aanbrengen van dit incident eene oproeping ter terechtzitting moet plaats hebben, zal ook de tusschenkomende partij voor inschrijving op de rol hebben te zorgen.

Bij den kantonrechter.

Wanneer iemand wil tusschenkomen in een geding dat bij den kantonrechter aanhangig is, zal hij het verzoek daartoe doen bij conclusie ter audientie zonder dat daarbij eene procureurstelling te pas komt. Arg. art. 286, 287, j°. 125.

Dat ook bij den kantonrechter bij wege van tusschenkomst kan worden geprocedeerd bewijst art. 125, hetwelk o. m. de bepalingen van den derden titel omtrent voeging en tusschenkomst op de procedure bij den kantonrechter toepasselijk verklaart. Intusschen was art. 286 (oud) blijkbaar niet voor de kantongerechten geschreven en moest veeleer bij de kantongerechten de voor de summiere behandeling geldende bepaling van art. 141 (oud) toepasselijk worden geacht. Terwijl dan daarbij werd bepaald dat tusschenkomst en voegingen ten dienenden dage ter audientie worden ingesteld bij gemotiveerde conclusiën, zoo meende ik daarin voldoenden grond te vinden om aan te nemen dat de tusschenkomst bij de kantongerechten geschiedde bij eene conclusie ter audientie, op de wijze als bij den kantonrechter conclusiën genomen worden. Zoo kon dan het verzoek om tusschen te komen bij eene mondelinge conclusie worden gedaan, waarvan door den griffier aanteekening wordt gehouden (art. 62 n°. 1). Zie IIIe Dl. 2de druk bl. 52. Nu evenwel in art. 287 eene nadere bepaling

wordt aangetroffen welke, behalve wat daarin omtrent de procureurstelling en keuze van woonplaats bij dien procureur voorkomt, zonder bezwaar bij het kantongerecht kan worden toegepast, komt het mij voor dat deze bepaling ingevolge art. 125 ook bij de kantongerechten toegepast moet worden. De conclusie tot toelating met eene vordering als tusschenkomende partij moet derhalve schriftelijk plaats hebben. Dit is ook wel regelmatiger omdat die conclusie bepaaldelijk bij de tusschenkomst als voor eene dagvaarding in de plaats komt. De bestrijding van de toelating en casu quo van de vordering, waarmede de partij in het geding tusschenkomt, kan, gelijk dat bij de kantongerechten in het algemeen is toegelaten, zoowel mondeling als schriftelijk plaats hebben zooals dit in art. 62 n°. 1 wordt verondersteld. Dus passen wij de regelen toe, die voor tusschenkomst zijn voorgeschreven.

De tusschenkomst moet plaats hebben, d. w. z. de daartoe strekkende conclusie moet worden genomen ten dienenden dage en wel vóór of op dien waarop de laatste conclusie in het aanhangig rechtsgeding wordt genomen. Art. 286 § 1. **Wanneer in te stellen?**

Dat de conclusie tot tusschenkomst op de terechtzitting moet worden genomen is eene toepassing van het rolsysteem en dat dit moet geschieden ten dienenden dage is eveneens daarvan het gevolg. Het proces wordt alleen op de daartoe bepaalde dagen ter terechtzitting gevoerd en daar zal ook een derde die zich in den strijd wil mengen de partijen moeten opzoeken.

De bepaling dat het incident moet worden aangebracht ten dienenden dage voor of op dien waarop de laatste conclusie in het aanhangig rechtsgeding wordt genomen moet natuurlijk dus worden verstaan dat het in het aanhangig rechtsgeding moet worden aangebracht op eene terechtzitting waarop en bij gelegenheid dat de zaak dient, en voorts dat de gelegenheid daartoe is afgesneden zoodra eene andere zaak van de rol wordt afgeroepen en derhalve de zaak waarin tusschengekomen wordt niet meer dient. Deze bepaling bevat zeker eene verbetering in de vroegere bepaling (art. 288 oud) welke de tusschenkomst uitsloot zoodra de conclusiën door partijen op de terechtzitting genomen zijn. Zeker had de wetgever daarbij in de eerste plaats het oog

op de conclusiën, die in zaken van gewone behandeling na afloop der gewisselde schrifturen of van de daartoe bepaalde termijnen werden genomen en voorts in zaken van summiere behandeling nadat conclusiën van eisch en antwoord waren genomen. Andere kende de wetgever niet. Maar daardoor werd de tusschenkomst zonder noodzakelijkheid zóó beperkt, dat haar gebruik lichtelijk werd uitgesloten, wat zeker niet in overeenstemming was met het denkbeeld om door de tusschenkomst een later verzet door derden te voorkomen wat eene ruimere toelating der tusschenkomst aanbeval. Nu heeft men het met de bepalingen omtrent de conclusiën indertijd in de praktijk zoo nauw niet genomen en daardoor met de toelating der tusschenkomst ook wat geschipperd, welk schipperen door de toelating van meer conclusiën een legaal bedrijf was geworden. Maar het blijft van belang om ook nu nog te vragen: Hoe is dan de wetgever aan die de tusschenkomst zoo beperkende bepaling gekomen? Art. 340 van den C. de proc. bepaalde: „l'intervention ne pourra retarder le jugement de la cause principale quand elle sera en état." Het is zeer goed gezien, dat als eene zaak tusschen partijen zóó ver is gevorderd dat het debat geheel tusschen hen is gesloten en zij aan den rechter ter beoordeeling is overgegeven, geen derde worde toegelaten om te zijnen behoeve de beslissing te doen uitstellen. Hij had eerder moeten komen en wordt dan zeer terecht naar andere hem ten dienste staande middelen verwezen; de hoofdpartijen hebben niet alleen een vonnis gevraagd, maar de rechter heeft ook besloten haar dit op hunne beweringen en door haar reeds overgelegde stukken te geven. Ofschoon het nu waarschijnlijk is, dat misbruiken waartoe de interventie onder de ordonnantie aanleiding kon geven (waarover BOURBEAU V pag. 153), ook al konden diezelfde onder den Code niet meer voorkomen, den wetgever eene bepaling hebben ingegeven, die ze trachtte te voorkomen, welke gedachte ook uitgedrukt is in dat waken tegen „retarder le jugement", zoo waren toch de fransche uitleggers vrij algemeen van oordeel, dat de woorden „quand la cause principale sera en état" hier zoo vrijgevig mogelijk moesten worden opgevat. CHAUVEAU, op CARRÉ. Q. 1273 6°. (éd. belge), haalt daarbij aan een arrest van het fransche Hof van Cassatie 17 janv. 1826, volgens hetwelk men niet meer ontvankelijk is in de interventie „lorsque les plaidoiries sont terminées et le ministère public entendu." BOURBEAU p. 160 v., meent den besten commentaar op art. 340 te geven met de woorden van BORNIER (Conférences des

ordonnances de Louis XIV) op art. 28 van tit. XI der Ord. 1667: „La pratique est telle que jusques à sentence définitive du procès entre le demandeur et le défendeur si un tiers intervient, sa cause doit être jointe, conduite et jugée avec celle qui est encore pendante." BOITARD, ad art., merkt op, dat het eigenlijk niet veel op de beteekenis der woorden „la cause est en état" in dit art. aankomt: het strekt niet om de interventie uit te sluiten; het wil alleen, dat de interventie de eindbeslissing niet vertrage; het bevat eigenlijk alleen een raad en laat veel aan het beleid des rechters over; het wil slechts voorkomen eene zoogenaamde intervention mendiée. Dit laatste moge wat ver gaan, genoeg is het, dat, naar 't algemeen gevoelen, de tusschenkomst niet werd uitgesloten doordien de conclusiën reeds genomen waren. In dien geest was ook art. 244 van het Wetb. 1830 gesteld: „Na den afloop der pleidooien over de zaak ten principale, kan geene tusschenkomst meer plaats hebben." Deze bepaling hief meteen het onbepaalde van art. 340 C. de pr. op. Bij de herziening van 1837 werd het artikel veranderd op deze toelichting: „Dat na het pleidooi geen voeging of tusschenkomst meer kan plaats hebben, behoeft wel niet gezegd te worden, maar dat na de conclusiën waardoor de zaak voldongen wordt, ook geene voeging of tusschenkomst meer kan worden toegelaten, moest worden uitgedrukt." V. D. HONERT op § 288. Wie zal het argument overtuigend vinden? Men gaat uit van eene aanmerking op de redactie die men niet zou gemaakt hebben, als het artikel positief ware gesteld geweest door te bepalen, dat de tusschenkomst kan plaats hebben tot aan den afloop der pleidooien en komt nu tot eene wijziging in beginsel, zonder dat het althans blijkt dat men doel en strekking van het middel van tusschenkomst zelf heeft overwogen of duidelijk voor oogen had. Had men nog bij het ontwerpen van het W. 1830 gelet op hetgeen MERLIN leert, Rép. v°. intervention § 1 n°. X, bij de herziening schijnt men 't geheel vergeten te hebben. En zoo is het dan ook zeer te betwijfelen, of men wel gedacht heeft aan de beperking die door de bepaling van art. 288 (Wetb. 1838) aan de interventie werd gesteld. Had de wetgever van 1838 art. 244 W. 1830 behouden, dan was er niet zoo licht bezwaar ontstaan en de bepaling van den Code „sans retarder le jugement" liet ook aan het oordeel des rechters meer vrijheid. Nu de vrijheid wordt gegeven om op den dag waarop de laatste conclusie genomen wordt nog tusschen te komen, is de aanleiding tot gemeld bezwaar zeker geringer. Maar zij zou nauwlijks

denkbaar zijn, indien onze wetgever, bij de herziening van 1896. de fransche jurisprudentie volgende en tot art. 244 W. 1830 terugkeerende, de tusschenkomst nog had toegelaten zoolang niet de dag van de uitspraak was bepaald of de stukken in handen van het Openbaar Ministerie waren gesteld. Want het kwam toch in beginsel daarop aan geen tusschenkomst toe te laten wanneer de debatten tusschen partijen waren gesloten en dit kan ook het geval zijn wanneer door partijen, nadat de laatste conclusie genomen is, op de stukken en dingtalen recht wordt gevraagd.

Opmerkelijk is de bepaling van het Duitsche wetboek hetwelk in § 61 (thans 64) de Hauptintervention toelaat „bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits."

Overigens blijf ik van oordeel, dat ook niettegenstaande toestemming der partijen na het nemen der conclusiën (thans na de terechtzitting waarop de laatste conclusie genomen wordt) de tusschenkomst is uitgesloten. Verg. Oudeman I, bl. 322.

De bepaling van het Wetboek van 1830 heeft boven die van de fransche wet met haar „sans retarder le jugement" nog dit voor, dat zij geen twijfel overlaat omtrent de vraag of den intervenient alle middelen ten dienste staan, welke hij tot staving van zijn eisch noodig heeft zonder daarbij gebonden te zijn door die welke reeds in het hoofdproces gebezigd werden. Bourbeau, die deze vraag het uitvoerigst uiteenzet (p. 161 vv.), wijst er op, hoe door de oude rechtsgeleerden hierbij onderscheid werd gemaakt tusschen de principale en de accessoire interventie. Ten opzichte van de eerste, (ad removendum agentem et defendentem), onze tusschenkomst, nam men de zelfstandigheid des tusschenkomenden eischers aan en dat gevoelen werd door Bornier, aant. op de ordonnantie, t. a. p., gesteund. Bourbeau is evenwel van oordeel, dat dit gevoelen alleen kan opgaan als men aanneemt dat de interventie afzonderlijk moet worden behandeld en uitgemaakt, niet wanneer het beginsel wordt aangenomen van de ordonnantie en van den Code, dat op beide gelijktijdig moet worden recht gedaan. Ik zie daarin evenwel geen reden om de tusschenkomst te onderwerpen aan die regelen, welke zeker omtrent voeging, de accessoire interventie, gelden moeten, maar wel kan ik mij begrijpen dat Bourbeau een onoverkomelijk bezwaar vindt in het verbod van art. 340 „de retarder le jugement" dat ook Carré Q. 1274, in de noot, doet twijfelen, evenals Berriat St. Prix, wiens gevoelen hij volgt, ofschoon

hij weer verplicht is te erkennen dat dan de interventie veel van haar nut verliest. In ons art. 288 vinden wij die bezwarende woorden niet en de interventie eens toegelaten zijnde tot de terechtzitting waarop de laatste conclusie genomen wordt, moet dan ook in haren geheelen omvang en met al hare gevolgen toegelaten worden.

Wanneer de gedaagde verstek liet gaan, is de gelegenheid om tusschen te komen wel niet uitgesloten, doch vervalt zij, als de eischer conclusie heeft genomen ter terechtzitting, nà die terechtzitting, daar dit noodzakelijk de laatste conclusie moet wezen. Wanneer evenwel de gedaagde van de hem bij art. 89*a* gegeven bevoegdheid gebruik maakt, wordt daardoor de gelegenheid om van het middel van tusschenkomst gebruik te maken ook weder geopend.

In het geval van art. 79, waarin na gedane oproeping de zaak op nieuw ter rolle dient en daarin als op tegenspraak wordt voortgeprocedeerd, kan weder ruimer gelegenheid voor tusschenkomst bestaan en zal zij als in eene verstekzaak tegenover den niet-verschenen gedaagde gevolg hebben ook zonder dat deze ter zake van de tusschenkomst is gedagvaard waarvoor geen grond bestaat in de wet. Verg. de verschillende gevoelens van de fransche schrijvers bij BOURBEAU p. 146. CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1273, 3°.

Wanneer zal in zaken van schriftelijke behandeling de tusschenkomst nog kunnen plaats hebben? Daarbij is van conclusie geen sprake, maar in plaats daarvan van beteekening van schrifturen. Men zou dus analogice moeten zeggen dat de tusschenkomst is uitgesloten als de laatste schriftuur is beteekend. Aangezien evenwel de wetgever in art. 168 de mogelijkheid van beteekening van schrifturen nog openlaat na verloop der termijnen, moet men, dunkt mij, wel aannemen, dat de gelegenheid tot tusschenkomst voorbij is als de meest gereede partij haar verlangen aan den griffier volgens art. 170 heeft te kennen gegeven.

Wat de veroordeeling in de kosten betreft, zoo zal uit de bepaling van art. 56 moeten volgen dat de tusschenkomende partij in het ongelijk gesteld wordende in de kosten wordt veroordeeld die de andere partijen tegenover haar gemaakt hebben en dat de tusschenkomende partij gelijk krijgende de door haar gemaakte kosten van de in het ongelijk gestelde hoofdpartijen vergoed krijgt.

Tusschenkomst bij executie.

Het middel van tusschenkomst wordt buiten eigenlijk geding op eene bijzondere, aan de algemeene analoge, wijze toegepast om de opvordering van eigendom te doen gelden ten aanzien van in beslag genomen goederen. Art. 456 en art. 538—543.

Alleen bij de opvordering van eigendom van onroerende goederen spreekt de wet van tusschenkomst. De eigenaar kan zijn recht doen gelden „door zich als tusschenkomende partij in de executie te stellen." Art. 538. Dat wij hier met eene tusschenkomst in de eigenlijke beteekenis en niet met eene voeging te doen hebben, wordt juist uiteengezet door DE PINTO II, 2, bl. 664; OUDEMAN II, bl. 168 spreekt het ten onrechte tegen. Wel beroept hij zich op het onderscheid tusschen voeging en tusschenkomst, zooals dit door de Regeering bij gelegenheid van de afdeeling van voeging en tusschenkomst werd toegelicht, maar de onjuistheid van die toelichting kan niet beter worden bewezen dan juist door het hier behandelde geval van tusschenkomst, dat noch onder de t. a. p. door de Regeering aangeduide voeging noch onder de tusschenkomst kan worden begrepen. Integendeel levert het een sprekend voorbeeld op van de eigenlijke tusschenkomst, waarbij een derde in een geding tot handhaving van een eigen recht tegen beide partijen optreedt, waarin trouwens ook OUDEMAN I, bl. 319, het eigenaardig karakter van tusschenkomst in onderscheiding van voeging meent te vinden. Immers treedt hier de eigenaar, of hij die beweert eigenaar van het goed te zijn, tegen executant en geëxecuteerde beide op om te bewerken dat hij als eigenaar van het goed erkend worde en zijn goed niet als eigendom van den geëxecuteerde door den executant worde verkocht om op de opbrengst daarvan zijne schuldvordering te verhalen.

Minder gegrond is de waarschuwing van DE PINTO wanneer hij t. a. p. zegt dat „het hier gegeven rechtsmiddel genaamd opvordering van eigendom niet anders is dan een verzet tegen den executorialen verkoop en dus vooral niet moet verward worden met de rei vindicatio, dat is de actie, waardoor men zijn eigendom van ieder bezitter terugvordert". Ik zou zeggen dat opvordering van eigendom de juiste benaming van deze actie is en dat daarmede het begrip van rei vindicatio volkomen juist teruggegeven wordt. Het verschil zit hem alleen in de bijzondere gele-

genheid, waarbij hier de actie wordt ingesteld; zij vindt hier de naaste aanleiding in den voorgenomen executorialen verkoop en daarom moet ook deze belet worden, maar de grond en strekking van de actie zijn niet anders dan het recht van eigendom en de erkenning daarvan. Een en ander geeft DE PINTO zelf juist terug, als hij op bl. 667 spreekt van de eerste akte van rechtspleging, waardoor de eigenaar zijne vordering aanhangig maakt en van den eisch om als eigenaar te worden erkend en den verkoop te doen staken. Dat staken van den verkoop is echter het noodzakelijk gevolg van de toewijzing van den eisch, om als eigenaar erkend te worden, maar ook om de zaak ter beschikking van den eigenaar te stellen, haar op te leveren.

De gelegenheid, waarbij de actie wordt ingesteld en de bijzondere aanleiding daartoe verklaren ook den bijzonderen vorm voor hare instelling voorgeschreven. Daar de verkoop onder leiding des rechters en op de terechtzitting plaats heeft, staan executant en geëxecuteerde hier wel tot op zekere hoogte als in een geding voor den rechter, maar er hebben daartoe geene verschijningen ter terechtzitting plaats, zooals in een gewoon geding. De tusschenkomende partij kan derhalve de partijen niet op de terechtzitting vinden. Hij moet hen, om tegen hen zijn recht te doen gelden op de terechtzitting brengen en daartoe oproepen. Hij moet dit doen bij een verzoekschrift, hetwelk volgens art. 539 behalve de vereischten voor een goed geformuleerden eisch met betrekking tot onderwerp en strekking, den dag, en ook zelfs het uur, aanwijst waarop partijen in rechte moeten verschijnen. Op die wijze wordt dat verzoekschrift gelijk DE PINTO opmerkt, inderdaad eene dagvaarding. Maar dit verzoekschrift is niet blootelijk een vorm, zooals die voor de gewone tusschenkomst in zaken van gewone behandeling bij art. 285 (oud) was voorgeschreven, omdat eene dagvaarding niet kon te pas komen ten aanzien van partijen die een geding voeren. Het is niet een verouderd overblijfsel der vroegere procedure, maar was en bleef noodig omdat het instellen van de vordering onmiddellijk ook bij den rechter behoort bekend te zijn, daar deze o. a. te zorgen heeft dat de verkoop geschorst wordt. Art. 540.

Geldt het roerend goed, dan geschiedt de verkoop door tusschenkomst van een deurwaarder op de plaats der inbeslagneming. Er is dus zelfs geen schijn van een geding en de partijen in de executie

moeten bij dagvaarding voor den rechter geroepen worden. Daarom heet dit waarschijnlijk geen tusschenkomst, ofschoon de eigenaar door de wijze waarop hij hier optreedt, door zich nl. tegen den verkoop te verzetten, art. 456, inderdaad in de executie tusschenkomt. In verband daarmede wordt hier niet van eene schorsing der executie gesproken; de strekking van het rechtsmiddel om de zaak aan den tusschenkomenden eigenaar op te leveren brengt haar mede; terwijl bij onroerend goed die schorsing opzettelijk geregeld wordt. Art. 540.

Dat in beide gevallen de in het ongelijk gestelde eischer behalve in de kosten van het proces tot vergoeding van kosten, schaden en interessen jegens den beslaglegger kan worden veroordeeld, zal wel daarop berusten dat in den eisch een verzet ligt tegen een met executoriale kracht voorzien vonnis. Art. 456 en 543.

De opvordering van eigendom van schepen, die in art. 576 eisch tot reclame wordt genoemd, is aan dezelfde regelen onderworpen. zonder onderscheid of het beslag is gelegd op vaartuigen van tien lasten of minder en derhalve de verkoop plaats heeft als van andere roerende goederen, dan wel van grootere vaartuigen die, als onroerende goederen. ter openbare terechtzitting worden verkocht. Van tusschenkomst wordt hier niet gesproken, maar zij heeft even goed als bij inbeslagneming van ander roerend of onroerend goed plaats. Wanneer art. 577 bepaalt dat hij die de reclame instelt, zijn recht vervolgt voor de rechtbank, op korten termijn als hij dit verlangt, dan ligt daarin duidelijk genoeg dat hij dit bij dagvaarding moet doen en zullen wel de beslaglegger en diens tegenpartij moeten gedagvaard worden, terwijl het „inbrengen van den eisch ter griffie" wel daarin zal bestaan, dat een afschrift van de dagvaarding ter griffie wordt gebracht. Art. 576. Deze bepaling geldt voor alle schepen zonder onderscheid van grootte. Van een verzoekschrift is hier geen sprake.

Zie nog eene regeling van de tusschenkomst bij arrest onder derden in artt. 754 en 755 B. R.

§ 82. VERVOLG.

III. VOEGING.

Wanneer heeft plaats?

Wanneer iemand belang heeft bij den uitslag van een tusschen anderen aanhangig geding, is hij bevoegd om zich in dat geding bij eene der

partijen aan te sluiten ten einde daartoe mede te werken dat zij in het gelijk gesteld worde. Hij doet dit door, gelijk de wet het noemt, zich „in het geding [bij eene der partijen] te voegen."

De wet geeft evenmin van voeging als van tusschenkomst eene bepaling. Op het onderscheid, dat de wet door de tweeërlei benaming meer onderstelt dan uitdrukt, heb ik vroeger gewezen en dit wordt in bovenstaande bepaling, in tegenstelling van die van de tusschenkomst gegeven, aangewezen. Voegen is alzoo tusschenkomen tot ondersteuning van eens anders, niet tot onmiddellijke handhaving van een eigen recht. Hij die zich voegt behartigt zijn eigen belang, waakt voor zijn eigen recht door een ander in de handhaving van het zijne ter zijde te staan. De Romeinen noemden de voeging: interventio; voegen: intervenire en drukten hetzelfde denkbeeld ook door causae adesse uit. l. 4 § 4 D. de appell. 49. 1. l. 69 D. de procurat. 3. 3. l. 29 pr. D. de inoff. test. 5, 2.

Zoodanig belang is aanwezig, wanneer de rechten of verplichtingen van een derde onder den invloed staan van den uitslag van een tusschen anderen gevoerd proces. Nadere bepaling van belang.

Zoo kan door een vonnis tusschen anderen gewezen de grondslag van een aan een derde toekomend recht of eene rechtsbetrekking waarin hij staat wegvallen; dat recht of die rechtsbetrekking worden daardoor opgeheven. Verder kan, wanneer iemand, wegens de voldoening aan eene verbintenis, op een ander verhaal heeft, de veroordeeling tot die voldoening grond of aanleiding worden tot verhaal op den derde, dezen dus aansprakelijk maken. Of wel eene uitspraak tusschen anderen gewezen wordt de grond van eene vordering tot schadeloosstelling van een der partijen tegen een derde.

Dan moet de bevoegdheid om als gevoegde partij op te treden uit den aard der zaak, omdat er een gerechtvaardigd belang bestaat, worden toegekend. Voorts van zelf in die gevallen waarin de wet haar uitdrukkelijk toekent.

De grondslag van een recht of rechtsbetrekking valt weg. Men denke hierbij aan het geding dat tusschen den erfgenaam bij versterf en den testamentairen erfgenaam wordt gevoerd over de geldigheid van het testament. Wordt de nietigheid van het testament

uitgesproken, de legataris zal zijn legaat niet kunnen vorderen. Deze heeft alzoo belang bij het in stand blijven van het testament en zal dit belang kunnen doen gelden door zich in het geding te voegen bij den testamentairen erfgenaam. Vide l. 5 § 1--4, l. 14 pr. D. de appell. 49. 1. Bij ons is eveneens het recht van den legataris afhankelijk van de geldigheid van het testament, waarover de actie wel in de eerste plaats tegen den testamentairen erfgenaam en althans door den erfgenaam bij versterf alleen tegen dezen kan worden ingesteld. In Nov. 112 Cap. 1 wordt nog gesproken van het geval dat eene res litigiosa is gelegateerd. Hier is het belang van den legataris licht grooter dan dat van den erfgenaam en alzoo zijne voeging in het proces, dat toch alleen door den erfgenaam kan gevoerd worden, meer dan ooit, gerechtvaardigd. Onze wetgever past het gestelde beginsel toe door, in art. 1058 B. W., aan de uitvoerders van een uitersten wil de bevoegdheid toe te kennen „om, ingeval van geschil, in rechte op te treden om de geldigheid van den uitersten wil staande te houden," d. i., de partij die de geldigheid van het testament beweert, in hare bewering te ondersteunen. (intervenir en cas de contestation pour soutenir la validité du testament). Dat het optreden in rechte door middel van tusschenkomst en meer bepaaldelijk van voeging moet plaats hebben, nam de Hooge Raad zeer terecht aan bij arr. 14 November 1851, W. n°. 1281. Anders Opzoomer IV, bl. 356 en Diephuis V. n°. 28, welke laatste schrijver echter zichzelven uitnemend weerlegt in het Systeem IX, bl. 353 vv. Terwijl art. 1031 C. C. van i n t e r v e n i r spreekt, wordt deze zelfde uitdrukking in den franschen tekst van art. 1094 § 5 Wetb. 1830 gevonden, welke hollandsche tekst met dien van ons wetboek overeenstemt. Het ligt overigens in den aard der zaak. Voeging is hier ter handhaving van des executeurs eigen recht het eigenaardig middel. Hij ontleent zijne hoedanigheid niet aan het testament als zoodanig, a. 1052; al zal hij, in zijne hoedanigheid aangetast op grond van de nietigheid van het testament, dit van zelf kunnen verdedigen, eene actie tot nietigverklaring van het testament ware oneigenaardig tegen hem gericht en nog veel minder kan hij geroepen zijn een eisch tot geldigverklaring van het testament in te stellen. Wel kan hij geroepen zijn zich in een geding over de geldigheid van het testament te voegen, dewijl zijne hoedanigheid van de handhaving van het testament afhankelijk is. En zoo verklaart zich de uitdrukkelijke toekenning van dat recht tot voeging gereedelijk uit de regeling van de hem opgedragen zorg voor de uitvoering van den uitersten wil.

De uitdrukkelijke toekening van het recht maakt dat het niet uitsluitend van de overweging van zijn eigen belang afhankelijk zal zijn of hij er van gebruik zal maken, maar dat hij tevens met het oog op de belangen van legatarissen dit zal hebben te doen.

De veroordeeling geeft grond of aanleiding tot verhaal op een derde.

Dit heeft bijv. plaats, wanneer een zelfschuldige borg of een hoofdelijk voor het geheel verbonden medeschuldenaar tot betaling is aangesproken. Immers, wordt de borg of de medeschuldenaar veroordeeld, hij zal moeten betalen en verhaal op den hoofdschuldenaar of op den medeschuldenaar kunnen uitoefenen, art. 1876 vv., 1329 B. W. Deze laatsten hebben alzoo een behoorlijk gerechtvaardigd belang om den aangesproken borg of medeschuldenaar in zijne verdediging te steunen, daartoe mede te werken dat hij gelijk krijge. Cf. l. 8 § 8. D. mandati 17. 1.

De veroordeeling wordt de grond van eene vordering tot schadeloosstelling van een der partijen tegen een derde.

Wanneer de meerderjarige in een proces geraakt over rechtsbetrekkingen, waarin hij gedurende zijne minderjarigheid door den voogd is geplaatst, kan de uitslag van het proces eene aansprakelijkheid van den gewezen voogd ten gevolge hebben. Deze heeft dus belang om den minderjarige de overwinning in het proces te bezorgen. Cf. l. 1 C. ut causae post pub. tut. adsit 5, 58.

Wij hebben hier te doen met gevallen, waarin de rechten of verplichtingen van een derde door het tusschen andere personen gewezen vonnis bepaald worden, althans onder den invloed daarvan staan. Is dit dan eene uitzondering op den regel dat het rechterlijk gewijsde alleen van kracht is tusschen partijen? Ofschoon men met recht zou kunnen zeggen, dat in vele van de boven behandelde gevallen de beslissing voor derden zoo niet verbindend is, dan toch een afdoenden invloed op hunne rechtsbetrekking heeft, hebben wij ook dan niet met eene uitzondering te doen. Immers is de kracht die het vonnis hier uitoefent niet het gevolg daarvan, dat dit vonnis bij uitzondering eene rechtsbetrekking tusschen anderen dan de daarin betrokken partijen zou vaststellen. Het geval, waarmede wij hier te doen hebben, bestaat daarin dat de rechtsbetrekking van een derde tot eene der litigeerende partijen afhankelijk is van het al of niet bestaan der rechtsbetrek-

king of het recht waarover het geding gevoerd wordt, en terwijl dit nu, tengevolge van het daarover gevoerd geding, door het vonnis geconstateerd of uitgemaakt wordt, zoo vervalt door het vonnis het feit, dat voor het bestaan van het recht of van de verplichting van den derde vereischt wordt. Zie hierover meer in Dl. V bl. 391 vv.

Met de hier besproken gevallen, waarover te vergelijken BAYER Vorträge § 44 en vooral WETZELL § 7, is nader het karakter aangewezen van het belang, dat een derde bij het geding moet hebben om zich in dat geding te voegen. Vóór alles moet dat belang uit een recht of verplichting voortvloeien en daarom moet het zijn wat de Duitsche wet in § 63 „ein rechtliches Interesse" noemt. Zeer terecht werd in de toelichting tot die § opgemerkt: „Ob der Fall eines solchen rechtlichen Interesse vorliegt entscheidet das bürgerliche Recht." Begründung des Entwurfs ad §§ 63—67, bl. 106. Ofschoon ook CARRÉ daarop schijnt te doelen, als hij zegt dat het hier eer eene vraag geldt van materieel dan van formeel recht, zoo is toch, dunkt mij, door de fransche uitleggers dikwijls eene te ruime toepassing aan dat belang gegeven en zijn zij principieel op den verkeerden weg, wanneer zij als CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1270 (p. 709) zeggen: „nous n'admettons aucune restriction au sens naturel de ce mot intérêt et, du moment qu'il en existe un, de quelque nature qu'il soit, nous reconnaissons l'admissibilité de l'intervention, laissant néanmoins aux tribunaux le pouvoir d'apprécier si cet intérêt est réel, si c'est un intérêt d'équité ou un intérêt de vexation." Als een gevolg daarvan is CHAUVEAU dan ook van oordeel, dat de schuldeischers het recht hebben om zich in een door hun schuldenaar gevoerd geding te voegen, ook al had art. 1166 C. C. hun niet het recht gegeven om de rechten van hun schuldenaar uit te oefenen. (Q. 1270, 2o.) Andere fransche schrijvers achtten evenwel het recht tot tusschenkomst van de schuldeischers juist in dat art. 1166 gegrond (BOURBEAU t. a. p. bl. 115, 127, BOITARD n°. 532, DEMIAU geciteerd in de brusselsche uitgave van CARRÉ). De ruime toekenning van het recht van voeging in de duitsche wet had ook vooral plaats om de in enkele gedeelten van Duitschland geldende bepaling van datzelfde art. 1166. Zie Begründung des Entwurfs l. c. Het belang, dat de schuldeischers hebben bij de instandhouding van het vermogen van hunnen schuldenaar, geeft hun geen recht om eenigermate in het beheer van dat vermogen in te grijpen; de schuldenaar blijft, al strekken zijne goederen zijnen schuldeischers tot waarborg, in beheer en beschik-

king daarover volkomen vrij; afgezien van den staat van faillissement, openbaart zich het belang der schuldeischers, naar onze wetgeving, in een recht alleen waar de schuldenaar handelt tot opzettelijke benadeeling hunner rechten (art. 1377, 1989); daaraan kunnen zij een recht van derde verzet tegen een tegen den schuldenaar uitgesproken vonnis ontleenen en onder omstandigheden wellicht om in een tegen den schuldenaar gevoerd geding tusschen te komen. Maar de hoedanigheid van schuldeischer alleen geeft hun, bij het ontbreken van eene bepaling als die van art. 1166 C. C., tot voeging bij ons geen recht.

Wanneer in art. 243 B. W. aan de schuldeischers van den man het recht wordt toegekend om in het geding tot scheiding van goederen tusschen beide te komen ten einde den eisch tot scheiding van goederen te betwisten, is 't niet zoo gemakkelijk uit te maken of daarbij aan eene eigenlijke tusschenkomst of aan voeging is te denken. De aanleiding welke de wetgever had om den schuldeischers dit recht toe te kennen ligt zeker in de hier zoo licht mogelijke opzettelijke verkorting hunner rechten. Het verband met art. 247, dat in art. 1447 C. C., door vereeniging van beide bepalingen in één artikel, veel duidelijker uitkwam, toont aan dat beiden de uiting zijn van denzelfden gedachtengang. De vrees voor samenspanning deed ook in art. 810 B.R. de enkele bekentenis van den man als bewijsmiddel uitsluiten. Had de wetgever de opzettelijke benadeeling als grond voor de tusschenkomst aangegeven, wij zouden hier met een eigenlijke tusschenkomst te doen hebben. De schuldeischers stelden dan de handhaving van het hun toekomend zelfstandig recht tegenover eischer en gedaagde. Nu de wetgever evenwel, en te recht, hun de bevoegdheid ruimer heeft toegekend en zij dus even goed de vordering om haar zelve, als op onvoldoenden grond ingesteld, kunnen betwisten en de mogelijkheid van benadeeling hetzij opzettelijk of niet, hoogstens de aanleiding is om hun het recht toe te kennen, kan niet anders dan aan voeging gedacht worden. Dat zij toegelaten worden om de vordering te betwisten is in de eerste plaats het gevolg daarvan, dat zij wel niet anders dan de zijde van den man kunnen kiezen en dat zij dat recht van betwisten hebben zonder onderscheid of de man al of niet berust in de vordering, strekt ten bewijze, dat hier althans de voeging medebrengt, dat de zich voegende partij aan de processuëele houding van de partij, bij wie zij zich voegt, in dit opzicht niet

gebonden is. De voeging geeft den schuldeischers ook de gelegenheid om een verzuim, eene opzettelijke benadeeling te voorkomen.

Zeer ten onrechte zoude deze bepaling worden gebruikt om aan de schuldeischers eene algemeene bevoegdheid tot voeging in een tegen hunnen schuldenaar gevoerd geding toe te kennen. — Evenmin kan art. 863 B. W. daartoe grond opleveren. Daar wordt wel aan de schuldeischers van den vruchtgebruiker het recht gegeven om in een tusschen hun schuldenaar en den eigenaar gevoerd geding tusschen te komen, en daardoor een bestanddeel van des schuldenaars vermogen voor dezen en te hunnen bate te behouden, maar noch van eene voeging aan de zijde van den schuldenaar tot bestrijding van des eigenaars vordering, noch van een tusschenkomen tot handhaving van een eigen recht tegenover eigenaar en vruchtgebruiker, de beide partijen in deze, is hier sprake. De tusschenkomst strekt hier juist om aan den strijd tusschen eigenaar en vruchtgebruiker een einde te maken door den eischer-eigenaar te bevredigen.

De bevoegdheid bij art. 846 K. (oud) aan schuldeischers toegekend om zich in het geding ontstaan uit een verzet tegen een gehomologeerd accoord te voegen is door de wijziging welke het over een gehomologeerd accoord te voeren geding heeft ondergaan, bij de faillissementwet vervallen. Zie artt. 152—155 faill. wet.

Des derden bevoegdheid.

Het begrip van voeging brengt mede dat de derde het geding aanvaardt in den stand waarin het zich bevindt.

Opkomende om de hoofdpartij te steunen en daartoe krachtens de wet bevoegd, moet de derde de bevoegdheid hebben om alle middelen en gronden aan te voeren, welke bevorderlijk kunnen zijn aan de overwinning der hoofdpartij. Want hij voegt zich om, door de bevordering van eens anders triomf, zijn eigen belang te bevorderen en daardoor tevens te voorkomen dat door verzuim in de verdediging door de hoofdpartij of door samenspanning van deze met de andere partij, hare belangen benadeeld worden.

Het begrip van voeging: zich bij eene partij in het geding aansluiten, brengt mede dat degene die zich aansluit, met de hoofdpartij medegaat, met deze den aangevangen strijd wel voortzet, maar dien niet doet teruggaan; hij kan dus niet van voren af beginnen. De partij die het geding aanving had daarin den derde niet te kennen.

Zij is en blijft de partij in het geding en van hare verklaringen en handelingen is de loop van het proces in de eerste plaats afhankelijk. Causae adesse, dat is de bevoegdheid eener zich voegende partij. Het gevolg daarvan is dat van de middelen die door den loop van het geding gedekt zijn, ook door de gevoegde partij geen gebruik meer gemaakt kan worden. Verg. BÉRRIAT ST. PRIX I p. m. 292 n°. 14. Maar bepaalt zich hare bevoegdheid tot het causae adesse, of kan zij verder gaan, en zelf handelingen verrichten, middelen aanwenden of gronden aanvoeren, wat de Romeinen causam agere noemen en den intervenient in l. 14 pr. D. de appell. 49 1. toegestaan wordt? Zal het causae adesse iets beteekenen, dan moet der gevoegde partij zeker deze bevoegdheid toegekend worden. Hij is in 't proces om voor zijn belang te waken door de hoofdpartij te steunen. Handelt deze niet, laat zij middelen of gronden ongebruikt, de gevoegde partij zal deze kunnen aanvoeren of gebruiken. Wanneer wij dus ook in zooverre aan de gevoegde partij het causam agere toekennen, dan blijven wij geheel binnen het begrip van voeging. Want, zoolang als de gevoegde partij niets anders doet dan met hare handelingen de overwinning te bevorderen van de zaak der hoofdpartij, ligt hierin naar de romeinsche opvatting ook nog geen causam agere. Dit wordt eerst het geval, wanneer de gevoegde partij in het handelen of niet handelen eene collusie of verzuim ten haren nadeele ontdekkende naar aanleiding daarvan handelt en daartegen opkomt, „et hodie hoc iure utimur ut possint appellare, sed et agere causam apud ipsum iudicem qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere." Want hier maakt de gevoegde partij van hare aanwezigheid in het geding gebruik om eene haar benadeelende onrechtmatige daad tegen te gaan wat zij, indien het vonnis buiten haar om gewezen werd, door het middel van derde verzet zou kunnen doen. Verg. ook Nov. 112, cap. 1. Ligt er op zich zelf een causam agere in, dit is hier een onafwijsbaar gevolg van het causae adesse.

Verzuimen in de verdediging aan te vullen en een opzettelijk verwerken van zijn recht waardoor de gevoegde partij zou worden benadeeld tegen te gaan, het een zoowel als het ander brengt het belang mede waarvoor de partij zich voegde. Bij de oude processualisten, als DAMHOUDER Praxis rerum civilium cap. XCVIII n°. 4, staat dit zelfs op den voorgrond: „Ipsemet causam producit veluti coniunctus, quando ipsa eadem pars est suspecta, aut quando observat

quasdam collusiones, aut etiam quando partem eandem non satis debite et digne causam producere conspicit," alwaar hij ook WIELANT vertaalt. Zie beide plaatsen aangehaald bij DE PAEPE Etudes sur la compétence civile. I p. 450 n°. 3.

Het onderscheid, hetwelk de Duitsche Civilprozessordnung in § 66 (thans 69) maakt in de bevoegdheid van de gevoegde partij, in verband met den invloed welken het gewijsde in de hoofdzaak op de rechtsbetrekking der gevoegde partij zou uitoefenen acht ik, bij nader inzien, voor ons recht onaannemelijk, gelijk ik dit nader uiteenzette in Dl. V. bl. 72—74. Ik ontken niet dat de bepalingen van de Civilprozessordnung wellicht stof zouden opleveren om ook bij ons het rechtsinstituut der voeging nader te regelen, maar iets anders is het ze met ons ius constitutum in onmiddellijk verband te brengen.

Zal de voeging kunnen toegelaten worden in geval de gedaagde niet verschijnt? Ik spreek alleen van dit geval, want wanneer de eischer niet verschijnt dan wordt verstek tegen hem verleend en de verweerder wordt van de instantie ontslagen (art. 75); het geding vervalt voorshands en daarmede wordt voeging uitgesloten.

Vroeger (zie 2de druk bl. 68) zag ik bezwaar tegen de toelating van voeging in geval van niet verschijning des gedaagde, doch mijne gronden voor die meening waren alleen van formeelen aard. Ja zelfs moet ik erkennen dat het bezwaar: eene partij die niet verschijnt voert geen strijd en kan dus ook niet in haren strijd ondersteund worden, meer gezocht dan juist is, omdat, al verweert een niet verschenen gedaagde zich niet, hij toch in een geding is gewikkeld en in dat geding partij is, zoodat er dan ook, ten aanzien van de belanghebbende die zich zou kunnen voegen, een geding tusschen andere partijen hangende is. En wanneer dan de voeging de strekking heeft om alle die middelen en gronden aan te voeren welke bevorderlijk kunnen zijn aan de overwinning van de hoofdpartij en te voorkomen dat door verzuim in de verdediging door de hoofdpartij of door samenspanning van deze met de andere partij, de belangen der gevoegde partij benadeeld worden, dan valt de redelijkheid van de toelating der voeging, waar de verweerder verstek laat gaan, in het oog. De wijze waarop het incident naar art. 286 (nieuw) wordt aangebracht geeft voor de mondelinge behandeling geen moeilijkheid meer, nu dit bij conclusie ter terechtzitting geschiedt, al vervalt daarmede de noodzakelijkheid om het incident ter kennis te brengen

van de niet verschenen partij. Wanneer evenwel de eischer onmiddellijk conclusie neemt, dan zal de terechtzitting waarop hij dit deed, die zijn waarop wel de eerste maar ook de laatste conclusie werd genomen. De gelegenheid voor de voeging zal alzoo zeer gering zijn, tenzij de gedaagde hoofdpartij, van art. 89*a* gebruik makende, alsnog in rechte verschijnt voordat het vonnis ten profijte van het verstek gewezen is en er op die wijze nog nadere terechtzittingen voor het nemen van conclusiën zullen voorkomen. Zie ook wat ik omtrent de tusschenkomst in verstekzaken opmerkte bl. 55.

Overnemen van het proces. **Wanneer het belang van den derde van dien aard is dat het dat van den in het proces betrokken gedaagde overheerscht, zoodat deze daarbij eigenlijk persoonlijk geen belang heeft, kan de voeging daartoe leiden dat de derde het voeren van het proces van de hoofdpartij overneemt. De oorspronkelijk gedaagde blijft dan formeel hoofdpartij, in zoover het vonnis tegen hem wordt ten uitvoer gelegd.**

Dat overnemen van het proces wordt het gevolg van de voeging wanneer de hoofdpartij de zaak overlaat, dus met hare bewilliging en met toestemming van den eischer. Art. 93 van de Algem. Man. proced. 1799, aan de bepaling omtrent de voeging voorafgaande, luidde aldus: „Wanneer in de plaats van den gedaagde een ander, uithoofde van het belang hetwelk hij bij de zaak heeft, het proces voor en in de plaats van denzelven overneemt, behoeft de eischer daarmede geen genoegen te nemen, dan mids de gedaagde mede bewillige dat het vonnis bij den rechter te wijzen tegen hem zal zijn executabel volgens formulier N°. 28." Deze bepaling werd in Art. 643 van het Wetboek van 1809 overgenomen. In onze wet komt dit overnemen van het proces alleen voor als een gevolg van de oproeping in vrijwaring. Art. 70 B. R. Daar in de meeste gevallen van dezen aard de gedaagde wel belang er bij zal hebben den derde op te roepen, zal het overnemen der zaak krachtens voeging uit eigen beweging wel niet in toepassing kunnen komen; het overnemen van het proces is bij ons in ieder geval aan de bepaling van art. 70 gebonden. Ook in geval van art. 1594 § 1 B. W. zal de oproeping in vrijwaring tot overneming als in art. 70 aangewezen kunnen leiden.

Wijze van procedeeren. **De wijze waarop in zake van voeging geprocedeerd wordt, is dezelfde als die voor de tusschenkomst voorgeschreven. Daar hier evenwel geene**

vordering door den derde wordt ingesteld, kan deze ook niet in de ter audientie te nemen conclusie of in de volgens art. 286 § 2 te beteekenen akte worden opgenomen.

De conclusie of akte zal derhalve alleen het belang kunnen motiveeren. Alleen de betwisting daarvan zal tot het bij art. 288 bedoelde incident aanleiding geven.

Het nemen van conclusie ter terechtzitting geeft de gevoegde partij gelegenheid om te constateeren dat de verlangde voeging niet is betwist en te verzoeken dat haar daarvan acte worde verleend.

Voegt de derde zich bij den eischer, dan zal hij al dadelijk den ingestelden eisch nader kunnen adstrueeren evenals de tusschenkomende partij, bij de conclusie tot tusschenkomst, tevens zijne vordering instelt, doch in den regel zal hij wel het antwoord van den gedaagde afwachten. De Paepe, Etudes sur la compétence civile, Et. 6 § 3 (I bl. 453), is van oordeel dat hij die zich bij den eischer zou willen voegen met dezen gezamenlijk kan dagvaarden en hij beroept zich daarbij op een vonnis van de rechtbank te Brussel van 16 Februari 1889. Zeker zou dan de conclusie tot voeging overbodig worden. Maar die zg. gevoegde partij zou inderdaad niet in een aanhangig geding zich voegen maar met den eischer het geding aanbrengen en formeel even goed als die eischer als hoofdpartij optreden. Hem zou, wilde hij gevoegde partij heeten, het „la forme emporte le fond" met recht worden tegengeworpen. Ook in Dl. V. bl. 170 werd dit door mij aangeteekend.

Voegt de derde zich bij den gedaagde dan heeft hij ook alleen aan te vullen, dus ook af te wachten.

Ten aanzien van voeging in een geding bij den kantonrechter zie bl. 51 en ter beantwoording van de vraag wanneer de voeging moet plaats hebben bl. 52 vv.

Kosten. Ten aanzien van de veroordeeling in de kosten geldt bij de eigenlijke tusschenkomst niets bijzonders.

Zie hierboven bl. 55.

Bij voeging wordt de gevoegde partij, indien hare hoofdpartij in het ongelijk gesteld wordt, veroordeeld in de kosten door de voeging

veroorzaakt, gelijk de andere hoofdpartij, indien zij het proces verliest, jegens haar in de kosten der voeging wordt veroordeeld.

Van een ander gevoelen is DE PAEPE a. w. I bl. 452, die ook dit onderscheid tusschen voeging en tusschenkomst aanneemt, dat de gevoegde partij altijd de kosten der voeging voor hare rekening zoude nemen, al werd de partij bij welke zij zich voegde in het gelijk gesteld. Ik teekende mijn bezwaar tegen dit gevoelen aan in Dl. V, bl. 171.

Voorloopige tenuitvoerlegging is bij voeging afhankelijk van den door de hoofdpartij ingestelden eisch; bij eigenlijke tusschenkomst zal zij afhankelijk zijn van het voorwerp van den door de tusschenkomende partij ingestelden eisch. Voorloopige ten uitvoerlegging.

§ 83. VERVOLG.

IV. VRIJWARING. (*).

In een tusschen anderen hangend geding kan tot vrijwaring worden opgeroepen hij die gehouden is om aan een der partijen het genot van eene zaak of van een recht te waarborgen, ten einde deze te beveiligen tegen (vrij te houden van) eene veroordeeling welke de vermindering of het verlies van de gewaarborgde zaak of van het gewaarborgde recht ten gevolge zou hebben of ten einde, in geval van veroordeeling, jegens die partij tot schadevergoeding veroordeeld worden. Wanneer oproeping tot vrijwaring?

Voorts kan in het algemeen tot vrijwaring worden opgeroepen een ieder die naar aanleiding van de uitkomst van een tusschen anderen gevoerd geding tot vergoeding of schadeloosstelling aangesproken zou kunnen worden.

Al moge BONCENNE, Théorie III bl. 373, van meening zijn dat het geen nut heeft van: garantie, garant en garanti, eene definitie te geven, ten onrechte acht hij, m. i., die woorden als te behooren tot die „mots primitifs" waarvan PASCAL zou zeggen „qu'ils sont plus

*) Mr. A. F. JONGSTRA, Uitwinning en vrijwaring in N. Bijdragen XI bl. 748 vv. Mr. S. J. HINGST in N. Bijdr. 1875, bl. 411. Mr. C. A. RÖMER. Oproeping in vrijwaring. Acad. proefschrift. Leiden. 1881.

clairs que les mots qui servent à les définir." Mij komt althans eene nadere omschrijving van wat vrijwaring in het proces is daarom niet overbodig voor, omdat wanneer de wetgever hier van eene oproeping in (tot?) vrijwaring spreekt, hij blijkbaar het oog heeft op de oproeping tot het voldoen aan eene elders geregelde verplichting. Hij moet ook wel in de eerste plaats gedacht hebben aan gevallen waarin die verplichting in het burgerlijk wetboek met name opgelegd wordt. Niettemin is het duidelijk, vooreerst: dat niet alle verbintenissen tot vrijwaring met name aldus in het B. W vermeld tot eene oproeping tot vrijwaring grond kunnen geven en ten andere: dat in gevallen, waarin het B. W. niet met name van vrijwaring spreekt en ook de inhoud der verbintenis niet met die van eene verbintenis tot eigenlijke vrijwaring overeenstemt, toch eene oproeping tot vrijwaring in het proces kan voorkomen. Bij de oproeping tot vrijwaring is aan vrijwaring een zeer ruime beteekenis gegeven. Een en ander wordt in de omschrijving in den tekst teruggegeven.

De verbintenis om een ander het genot van een recht of van eene zaak te waarborgen geeft in de eerste en voornaamste plaats tot eene oproeping tot vrijwaring aanleiding. Hier hebben we met de vrijwaring in hare oorspronkelijke, eigenlijke beteekenis te doen. Wij denken al dadelijk aan de verplichting van den verkooper om bij den kooper in te staan voor het behoud van het bezit en den vrijen eigendom eener hem verkochte zaak. De Groot, Inl. III, 14, 6 en 15, 5, noemt deze op den verkooper rustende verplichting „de verbintenis tot eigening of waring," terwijl onder dat waren „is begrepen het vrijen, zijnde in het bijzonder de verplichting om 't goed te leveren vrij van dienstbaarheden of anders den kooper te vergoeden wat hem daaraan was gelegen." Zoo beschrijft ook nog het O. 1820 deze verplichting als die om 't verkochte goed te vrijen en te waren, Art. 2484. In ons B. W. is het de verplichting om te vrijwaren het rustig en vreedzaam bezit van de verkochte zaak, waardoor den kooper het genot van het eigendomsrecht gewaarborgd wordt. Art. 1528, 1538. Wordt nu de kooper aangesproken door een derde, die eigenaar van de verkochte zaak beweert te zijn, of die beweert een ander recht op de zaak te hebben, dan kan hij den verkooper in dit geding tot vrijwaring oproepen om hem te beveiligen tegen eene veroordeeling, die veroordeeling van hem af te weren. Want den kooper in het rustig bezit der zaak en dien-

tengevolge in het genot van het eigendomsrecht te doen blijven is de rechte wijze waarop aan de verbintenis tot vrijwaring wordt voldaan. Die bevoegdheid des koopers wordt in art. 1539 ondersteld. Niet alleen wordt alzoo de verkooper tot nakoming der verbintenis tot vrijwaring aangesproken door hem te roepen in het proces, maar in art. 70 B. R. wordt ook de wijze waarop de kooper van die oproeping gebruik kan maken in dien zin nader ontwikkeld, dat eene werkelijke beveiliging van den kooper niet alleen tegen een veroordeeling, maar zelfs tegen het voeren van het proces daarvan het gevolg kan zijn. Van daar dat deze vrijwaring in het proces terecht, garantie formelle, (art. 182 C. de pr., artt. 1, 8, 9, tit. VIII. Ord. 1667) eigenlijke of werkelijke vrijwaring genoemd wordt. In het proces toch wordt aan deze verbintenis tot vrijwaring zoodanig gevolg gegeven, dat de waarborg op zich neemt den gewaarborgde van alle onrust, zelfs die, welke de verdediging van zijn recht hem zou kunnen geven, te ontheffen. Wordt het proces verloren, is daarvan dan 't gevolg, dat de zaak bij den kooper wordt uitgewonnen of dat hij het bestaan van eene erfdienstbaarheid of een ander recht op het goed zal moeten erkennen, dan lost de verplichting des verkoopers zich op in die tot schadeloosstelling van den kooper voor de gevolgen der veroordeeling. Artt. 1532—1538 B. W.

De verplichting tot vrijwaring, welke de wet aan de deelgenooten oplegt tegen alle stoornis en uitwinning welke een hunner ten aanzien van eene hem toebedeelde zaak mocht ondervinden, (art. 1130 B.W.). staat met die van den verkooper gelijk.

Van gelijken aard is de verplichting des verhuurders jegens den huurder tot vrijwaring van het rustig gebruik der verhuurde zaak en zij heeft, waar de huurder wordt aangesproken door iemand die beweert recht op de zaak te hebben, gelijke gevolgen in het proces. Art. 1594 B. W.; art. 70 B. R. Zie voorts Art. 1662 B. W. bij maatschap als bij verkoop.

De tot dusver genoemde gevallen van vrijwaring in het proces, onderstellen alleen eene vrijwaring die de handhaving van den gewaarborgde in een hem toegekend recht: eigendom, recht van huurder, enz., ten doel heeft en die daarom niet oneigenaardig door de franschen garantie de droit genoemd wordt in tegenstelling van de garantie de fait, waartoe behoort de vrijwaring des verkoopers wegens verborgen gebreken (art. 1540 vv. B. W.) en waarmede van gelijken aard is de verplichting des verhuurders in art. 1581 geregeld, alwaar evenwel niet

met name van vrijwaren, maar van „instaan voor alle gebreken van het goed" de rede is, waarmede natuurlijk: instaan voor het daaruit voor den huurder ontstaande nadeel, bedoeld wordt. Tot deze soort van vrijwaring behoort ook die aan deelgenooten opgelegd van de gegoedheid van schuldenaren van renten of andere schuldvorderingen, (art. 1130 B. W.) welke verplichting gelijk staat met die, welke de verkooper eener inschuld mocht op zich genomen hebben, wanneer hij beloofd heeft voor de genoegzame gegoedheid des schuldenaars te zullen instaan, ofschoon de wetgever in artt. 1571 en 1572 niet van vrijwaring spreekt.

Met deze gevallen van feitelijke vrijwaring hebben we evenwel bij de processueele vrijwaring niet te maken, omdat zij niet tot oproeping van een derde in een geding aanleiding kan geven. Zie nog verhaal tot vrijwaring in art. 1252 B. W., waar vrijwaring = schadeloosstelling. Zie bl. 87.

Op hetzelfde beginsel als de straks besproken gevallen van rechtsvrijwaring, berust evenwel de vrijwaring tot welke de verkooper van eene inschuld gehouden is, krachtens welke hij moet instaan voor het aanwezen der inschuld volgens art. 1570 B. W., en de verplichting tot vrijwaring van de hoedanigheid van erfgenaam aan den verkooper eener erfenis bij art. 1573 B. W. opgelegd. Maar de wetgever behoeft de verplichting tot vrijwaring niet uitdrukkelijk op te leggen en ook de verbintenis die in de wet wordt opgelegd om het genot of gebruik van eene zaak of van een recht te waarborgen behoeft niet met den naam van vrijwaring aangeduid te zijn opdat men eene verbintenis daartoe kunne aannemen. Wanneer een lasthebber namens zijn lastgever een verkoop sluitende, dengene met wien hij handelt verzekert dat hij tot dien verkoop gemachtigd is, dan zal hij den derde het genot van de gevolgen der gesloten overeenkomst hebben te waarborgen, in zoover dit van het bestaan der lastgeving afhankelijk is. De lasthebber is alzoo tot vrijwaring verplicht, al wordt hem die verplichting zelve en dus ook met dien naam niet uitdrukkelijk opgelegd. Zij vloeit uit art. 1843 B. W. voort.

Zoo is ook de verantwoordelijkheid bij art. 70 K. aan den makelaar opgelegd voor de echtheid van de handteekening van den verkooper des wissels niet anders dan een verplichting tot vrijwaring: instaan voor de geldigheid van het door zijne tusschenkomst verkochte en geleverde stuk, al wordt deze verplichting niet eene verplichting tot vrij-

waring genoemd. In art. 163 K hebben we weder met eene werkelijke verbintenis tot vrijwaring te doen, die ook door den wetgever met die benaming wordt aangeduid. Of er in al deze gevallen eene oproeping tot vrijwaring kan plaats hebben was in sommige daarvan afhankelijk van de vraag, of art. 68 B. R. toeliet de bevoegdheid daartoe aan den eischer toetekennen, waarover vroeger twijfel bestond, die evenwel door de herziening van 1896 is opgeheven. Zeker is het dat we met eene werkelijke verbintenis tot vrijwaring te doen hebben, maar ook dat wij de dientengevolge plaats hebbende oproeping tot vrijwaring niet garantie formelle, in de technische beteekenis welke zij door de bijzondere regeling in het proces heeft, mogen noemen, dewijl die beperkt is tot de vrijwaring tegenover zakelijke rechtsvorderingen. Van eene beveiliging tegen eene veroordeeling, als bij art. 70 wordt beschreven, zal in geen der laatstgenoemde gevallen sprake kunnen zijn.

Zouden dit dan de gevallen van eenvoudige vrijwaring wezen? Zouden die soms daartoe beperkt zijn? Het ware misschien wenschelijk, maar ik zou het niet durven beweren. De beteekenis aan de oproeping in vrijwaring in de bronnen van onze wettelijke bepalingen toegekend, laat dit niet toe en de ruimere beteekenis, waarin hier en daar in onze wet de verplichting tot vrijwaring genomen wordt, begunstigen die meening ook niet.

Reeds de Ord. van 1667 schijnt in art. 1 van tit. 8 eene groote, men zou haast zeggen onbepaalde, uitgebreidheid aan de eenvoudige vrijwaring te geven, als zij zegt: „Les garants, tant en garantie formelle, pour les matières réelles ou hypothéquaires qu'en garantie simple pour toute autre matière seront" enz. En art. 175 C. de Pr. spreekt wel eenvoudig van „celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie," doch geeft bijzondere bepalingen voor garantie formelle, d. i., pour les matières réelles ou hypothécaires, terwijl hij, buiten deze gevallen, de oproeping tot vrijwaring zonder eenige beperking als garantie simple toelaat. Niet veel anders onze wet in artt. 68, 70 en 72.

Jousse teekent op het art. der Ord. het volgende aan: „La garantie simple a lieu en toutes matières personnelles entre plusieurs coobligés solidairement au paiement d'une dette. Dans ce cas, si l'un des coobligés est assigné pour le paiement du total de cette dette, il a son recours contre ses autres coobligés et peut agir contre eux pour le garantir, et l'acquitter chacun pour leur part et portion, tant en principal que dépens." Nagenoeg hetzelfde kan men lezen bij Rodier Questions sur l'ord. ad tit. 8. art. 1. Q. 1. Er is in dit geval van eene verbintenis

tot eigenlijke vrijwaring geen sprake; van eene beveiliging tegen eene veroordeeling ten gevolge van eene verplichting om een recht ten behoeve van een ander in stand te houden of hem 't genot of gebruik van een zaak te doen behouden, wat de materieele verbintenis tot vrijwaring medebrengt, geen spoor; alleen eene verbintenis tot schadevergoeding, waarin ook die tot vrijwaring zich oplost, treffen we hier aan en dan niet eene schadeloosstelling wegens 't niet in stand houden van een aan een ander gewaarborgd recht, maar eene schadeloosstelling of liever eene vergoeding, waarop het betalen van een schuld ten bate van een ander recht geeft, zoodat een derde dientengevolge kan worden aangesproken. Die schadeloosstelling, waartoe de gedane betaling recht geeft, kan alzoo gevraagd worden voor 't geval dat de daarop rechthebbende tot betaling veroordeeld wordt. De oproeping tot vrijwaring verschaft de gelegenheid om het recht op schadeloosstelling voor de betaling, tegelijk met de verschuldigheid van de betaling aan een ander, door den rechter te doen uitmaken en daarin schijnt wel de aanleiding te bestaan dat zij ook hier is toegelaten. De oproeping tot vrijwaring berust hier niet op eene bestaande verbintenis tot vrijwaring, maar de, bij de vervolging van deze, gebruikelijke wijze van procedeeren wordt toegepast op een geval waarin alleen deze gelijkenis met de vrijwaring voorkomt, dat een verhaal op een derde is toegekend. Het tusschen anderen gevoerd geding, door welks uitslag de aansprakelijkheid van een derde kan bepaald worden, geeft aanleiding om dien derde daarbij te roepen en de door hem verschuldigde schadeloosstelling bij deze gelegenheid door denzelfden rechter te doen uitspreken. Zoo mag dan deze garantie simple, eene eenvoudige, of nog beter, in tegenstelling van de formelle, eene oneigenlijke genoemd worden, in zoover de uiterlijke vertooning daarvan in het proces gegeven wordt, bestaande in de oproeping van een derde buiten de partijen tot schadeloosstelling wegens eene veroordeeling, omdat daaraan voldaan moet worden. Niet ongepast zou de benaming van afgeleide vrijwaring zijn; zij is uit de oproeping tot werkelijke vrijwaring afgeleid, naar 't voorbeeld daarvan gemaakt. In art. 1329 B. W. wordt evenals in art. 1214 C. C. eenvoudig een recht tot terugvordering van het betaalde toegekend. Wellicht staat de toepassing van de oproeping tot vrijwaring in het bij JOUSSE vermelde geval in verband met de verplichting, die naar de algemeen aangenomen leer rustte op den hoofdelijken schuldenaar, die de geheele schuld betaald had om subrogatie te vorderen in de rechten des schuldeischers tegenover de hoofdelijke

medeschuldenaren voor hun aandeel. Cf. POTHIER traité des Obligations ed. BUGNET n°. 280 sv. Zoo zal ook de latere endossant van een wisselbrief den vroegeren of den trekker, op wien hij verhaal heeft, in het geding, waarin hij door den houder betrokken wordt, tot vrijwaring kunnen oproepen. Niet omdat in art. 146 j°. 186 K. van waarborgen gesproken wordt, want die zg. waarborg betreft hier den houder, maar omdat die vroegere endossant of trekker, naar aanleiding van het tusschen houder en later endossant gevoerd geding, tot schadeloosstelling zou kunnen worden aangesproken. En de trekker zal, ter voldoening aan de hem bij art. 108 K. opgelegde verplichting, tot vrijwaring kunnen worden geroepen niet omdat de wet hier van vrijwaring spreekt, want het woord komt hier zeker in eene oneigenlijke beteekenis voor, maar om dezelfde reden als hij dit kan naar art. 146 j°. 186.

Een ander voorbeeld van garantie simple geeft BOITARD op art. 182 n°. 393. Een borg door den schuldeischer aangesproken tot betaling roept den hoofdschuldenaar in vrijwaring op. Ook hier geen verbintenis tot vrijwaring in de eigenlijke beteekenis van het woord. Maar, aangezien de borg het recht heeft om, zelfs voor dat hij betaald heeft, den schuldenaar aan te spreken om door dezen schadeloos gesteld of van zijne verbintenis ontheven te worden, indien hij, borg, tot betaling in rechte vervolgd wordt, zoo doet de tegen den borg aanhangig gemaakte vordering, voor dezen eene vordering tot schadeloosstelling of schadelooshouding ontstaan en bestaat er alzoo aanleiding om, evenals bij eene aanspraak tot voldoening aan eene verbintenis tot vrijwaring een derde in verband met het aanhangig geding, naar aanleiding van den daarvan mogelijken uitslag, op te roepen evenals dit bij eene oproeping tot werkelijke vrijwaring plaats heeft. Zeker bestaat hier meer grond voor het roepen van den hoofdschuldenaar in het geding tegen den borg aanhangig gemaakt; de verbintenis zelve van den schuldenaar gelijkt althans eenigszins op eene verbintenis tot vrijwaring wanneer we mogen aannemen dat de borg nog het best gediend wordt, indien de schuldenaar hem schadeloos houdt door den schuldeischer te betalen en hem zoodoende van zijne verbintenis ontheft *). Maar als dan eens het bestaan van eene verbintenis tot werkelijke vrijwaring voor eene oproeping tot vrijwaring in een geding onnoodig is, ligt eene uitbreiding van de gevallen van

*) Wanneer men zich voor de toepassing van art. 1880 no. 1 B. W. het geval voorstelt dat de borg tot betaling aangesproken den schuldenaar tot vrijwaring oproept, vervalt het bezwaar dat S. M. in die bepaling ziet. Opm. en Meded. VII blz. 302.

eenvoudige vrijwaring voor de hand. Terecht zegt dan ook BOITARD in antwoord op de vraag: „Qu'est ce que la garantie simple? Nous la définirons a contrario, nous n'avons pas d'autre moyen, nous n'en avons pas dans le texte, car l'art. 183, qui parle de la garantie simple, se contente de l'opposer à la précédente, sans nous dire exactement ce qu'elle est; et, comme d'ailleurs aucune analogie ne se présente *) entre ces noms de garantie formelle ou simple et les idées qu'on y rattache, nous sommes dans l'impossibilité de procéder par une définition a priori. La garantie simple sera donc la garantie exercée par un défendeur qui se trouve inquiété non point par une action réelle, mais au contraire par une action personnelle."

De eenvoudige vrijwaring heeft alzoo een louter processueele beteekenis en bestaat in de verplichting om in een tusschen anderen gevoerd geding te verschijnen ter zake van eene verplichting tot schadeloosstelling, welke voor den derde uit de in dat geding uitgesproken veroordeeling zou kunnen voortvloeien.

Aangezien nu reeds in de bronnen onzer wetgeving, waar van oproeping tot vrijwaring sprake is, eene zoo uitgebreide beteekenis aan vrijwaring is gegeven en onze burgerlijke wetgeving zelve die uitdrukking ook bezigt buiten de oorspronkelijke beteekenis van het woord, mag men de oproeping tot vrijwaring niet gaan beperken tot die gevallen, waarin van een werkelijke vrijwaring, een instaan voor iets met name voor een recht, sprake is. Het recht om tot vrijwaring op te roepen alleen toe te kennen, wanneer de grondslag van de actie of de verdediging bestaat in een door een ander gewaarborgd (feit of) recht en het te ontzeggen waar de oproeping in vrijwaring steunt op den enkelen grond dat de gedaagde hetgeen van hem gevorderd wordt weder van een derde kan terugvorderen (RÖMER t. a. p. bl. 43, 51) is volgens bovenstaande ontwikkeling met onze wet in strijd. — Terwijl de eenvoudige vrijwaring tot voeging aanleiding kan geven, is het niet onwaarschijnlijk dat zij in verband daarmede lichtelijk is uitgebreid tot zoodanige gevallen, waarin een derde grond tot voeging zou kunnen hebben. De gedaagde roept hem nu op, en geeft hem tot die voeging de gelegenheid. Mr. v. ROSSEM teekent in de noot op blz. 115 aan dat mijn gevoelen in strijd is met de eenstemmige Nederl. jurisprudentie verwijzende naar LEON Rechtspraak onder art. 68 n°. 3 en Hof Amsterdam 8 Januari 1892 W. 6165. „Anders echter",

*) De analogie ligt in de aanleiding die er bestaat om een derden in het geding te roepen.

voegt hij er bij, „Rotterdam 30 Augustus 1893 W. 6429 waarbij is beslist overeenkoming de leer van Prof. FAURE". Naar mijne opvatting wordt met instemming verwezen door DE PAEPE Etudes sur la Compétence civile II bl. 20 met aanhaling van DE FERRIÈRE, Dictionnaire de droit et de pratique v° garants simples.

De Civilprozessordnung heeft de oproeping tot vrijwaring, welke in het noordduitsche Ontwerp van 1870 nog was opgenomen, doen vervallen en laat die opgaan in de Streitverkündung (litis denuntiatio) „weil Verwirrung und übermässige Anhäufung des Prozesstoffs besorgt wurde, und die Interessen des Rückbeklagten durch den ihm aufgedrungenen Gerichtsstand und den oft unnöthigen und verfrühten Regressprocess verletzt würden." VON WILMOLSKY en LEVY Civilprocessordnung op § 69, I bl. 88. Nu hangt het van dengene aan wien de aanzegging gedaan is af om al of niet in het geding te intervenieeren (§ 71 Nebenintervention). Maar die Streitverkündung kan dan ook plaats hebben als eene partij „für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt" § 69, en daarbij teekenen STRUCKMAN en KOCH o. a. dit aan: „Die Hauptfälle bleiben allerdings die eines Regressanspruchs gegen Dritte, welcher von dem Ausgange des Prozesses abhängig ist." De regeling van den Duitschen wetgever mag bij eene herziening van onze wetgeving wel ernstig in overweging worden genomen.

De oproeping tot vrijwaring is niet anders dan de vorm waarin eene rechtsvordering tot vrijwaring of schadeloosstelling wordt ingesteld. Die vordering spruit voort uit eene tot de eene of de andere strekkende verbintenis en behoort mitsdien tot de persoonlijke rechtsvorderingen. Haar bijzonder karakter van incidenteele vordering ontleent zij aan het proces. Aard van het rechtsmiddel.

Het bijzondere van deze rechtsvordering ligt in de gelegenheid waarbij zij wordt ingesteld; de wijze waarop de rechthebbende haar doet gelden. Zij wordt, nl. in de onderstelling waarvan wij hier uitgaan, ingesteld bij gelegenheid van en in verband met een reeds aanhangig geding. Zij behoort daarom tot de incidenteele vorderingen.

Het kan, volgens art. 68, noodig wezen dat de gedaagde tot de

oproeping tot vrijwaring verzoek zal moeten doen om de procedure over de oorspronkelijke vordering geschorst te krijgen. Dit verzoek, dat tot eene afzonderlijke behandeling aanleiding kan geven, en dat eene afzonderlijke uitspraak des rechters ten gevolge heeft, is op zich zelf ook een incident, dat eigenlijk wel geen incidenteele vordering mag heeten, maar toch eene incidenteele procedure oplevert. Art. 68 (oud) noemde het verzoek tot vrijwaring met zijn gevolg bepaaldelijk een incident, dat het dan summierlijk beslist wilde zien. Met het vervallen van de summiere beslissing bij de herziening van 1896 viel ook het woord incident weg.

De fransche wetgever alleen daarop lettende, dat voor de oproeping tot vrijwaring aan den gedaagde een termijn werd verleend, gedurende welken termijn hij niet met den oorspronkelijken eischer behoeft voort te procedeeren, bracht op dien grond de oproeping tot vrijwaring tot de dilatoire exceptiën. C. de Pr. 1re P. L. II tit. 9 § IV art. 175 vv. (Cf. CARRÉ ad art. 175 § CXXXIII. BOITARD n°. 380). Ten onrechte. Onze wetgever geeft geen aanleiding om aan de oproeping tot vrijwaring het karakter van eene exceptie toe te kennen. Verg. Dl. I bl. 287.

De afwijking van den franschen Code schijnt onzen wetgever in verlegenheid gebracht te hebben omtrent de keuze van de plaats, waar nu de bepalingen over de vrijwaring op te nemen. Na die eerst (Wetb 1830) gebracht te hebben in de zesde afdeeling van tit. I handelende van vonnissen op tegenspraak gewezen, van welke afd. zij het grootste gedeelte van den inhoud uitmaakten, zag men bij de herziening in, dat het onderwerp nu als in transitu behandeld scheen, terwijl het wel eene op zich zelve staande afdeeling verdiende (v. D. HONERT ad rubr. h. t. bl. 211.). Nu staat dan het onderwerp vrij wel op zich zelf en is het verband met de afdeeling van vonnissen in het algemeen en die van vonnissen bij verstek, tusschen welke de afdeeling van vrijwaring geplaatst is, moeilijk te vatten. De aan het onderwerp toekomende plaats is bij de incidenten. Zóó het Ontwerp 1865. B I tit. 2 afd. 5. — De plaatsing van het onderwerp in den algemeenen eersten titel kon den uit 2 artt. bestaanden titel 6 van B. I van den C. de Pr. de la mise en cause des garants doen vervallen, vooral omdat geen onderscheid in de procedure bij de kantongerechten en die bij de colleges meer gemaakt wordt.

Wie tot oproeping bevoegd.

De bevoegdheid om iemand tot vrijwaring op te roepen onderstelt het recht om vrijwaring, in de uitgebreide beteekenis van het woord,

te vorderen van een derde die buiten het geding staat. Die bevoegdheid komt aan beide partijen, aan eischer zoowel als aan gedaagde, toe.

Het staat vast dat het recht om van een derde vrijwaring te vorderen, al zal dit in de meeste gevallen aan den gedaagde toekomen, toch ook aan den eischer toekomen kan. Men denke aan den kooper van een inschuld, wiens vordering tot betaling door den schuldenaar met eene ontkentenis begroet wordt en aan wien de verkooper vrijwaring schuldig is; aan dengene die krachtens eene met den lasthebber gesloten overeenkomst diens lastgever tot nakoming aanspreekt en wiens vordering met eene betwisting van de lastgeving wordt beantwoord, enz.

Toch zou het niet onmogelijk zijn om het recht op vrijwaring anders te doen gelden dan door eene oproeping in vrijwaring. Daarentegen kan niet ontkend worden dat er gevallen zijn waarin een eischer in zijn recht op vrijwaring ernstig kon worden benadeeld, indien hij van de bevoegdheid tot oproeping verstoken werd. Wanneer toch bijv. de kooper van een inschuld het proces tegen den schuldenaar verloor en daarna den verkooper tot vrijwaring met opzicht tot het bestaan van de inschuld aansprak, zou deze wel moeten vrijgesproken worden, wanneer hij bewees dat er gronden waren om den eisch te doen ontzeggen, arg. art. 1539. Dit ware echter onrecht tegenover den kooper, indien hij de bevoegdheid niet had den verkooper tot vrijwaring op te roepen om den eisch tegen den schuldenaar te doen toewijzen.

Wanneer men echter nagaat dat in het B. W. geene bepalingen voorkomen waarin van eene bevoegdheid van den eischer om tot vrijwaring opteroepen wordt gesproken of deze wordt verondersteld, dan was er alleszins grond tot twijfel, of niet de wetgever, door in het Wetb. v. B. R. alleen de oproeping tot vrijwaring door een gedaagde te regelen, moest geacht worden eene oproeping door den eischer niet toetelaten. Doch de argumenten van toelating wogen zwaarder.

Behalve dat, gelijk ik straks opmerkte, gevallen kunnen voorkomen waarin een bij het B. W. toegekend recht niet behoorlijk gehandhaafd kan worden indien ook niet de oproeping tot vrijwaring aan den eischer toegekend wordt, kon de uitsluiting daarvan niet uit de beperkte regeling in het Wetb. v. B. R. met recht worden afgeleid. Dit vloeide reeds daaruit voort dat onder den C. de Pr. de bevoegd-

heid des eischers om in vrijwaring te roepen algemeen erkend werd. Al noemt art. 175 C. d. pr. den gedaagde niet, de bepaling is toch alleen met het oog op een gedaagde geschreven, maar art. 32, dat meer overeenkomst heeft met ons art. 68, spreekt, evenals dit, alleen van 't geval dat „le défendeur demande à mettre garant en cause." Nu was reeds de eerste commentator van den Code, PIGEAU I p. 90, van oordeel dat deze bepaling niet geacht mocht worden aan de bevoegdheid des eischers in den weg te staan. CARRÉ en CHAUVEAU zijn het daarmede eens, Q. 143, 2°. en BONCENNE maakt van de bevoegdheid des eischers melding als ware tegenspraak niet denkbaar, III bl. 375. „C'est ordinairement au défendeur à qui il compète d'appeler un garant en cause" zegt RODIER Questions sur l'Ord. tit. 8 art. 1, Q. 1., „mais il peut arriver aussi que c'est au demandeur, comme lorsqu'un cessionnaire agit contre le débiteur délégué; si celui-ci conteste la dette, le cessionnaire qui est le demandeur, appellera le cédant en garantie pour faire valoir la cession ou la dette, ou pour l'indemniser." Verg. ook JOUSSE ad tit. 8 art. 1. En zoo erkende dan ook bij ons de Hooge Raad de bevoegdheid des eischers bij arresten van 2 Januari 1863 en 24 Mei 1872. De meeste rechterlijke colleges oordeelden in gelijken zin. Zie v. OPPEN v°. Vrijwaring n°. 52 en 53.

Geen wonder dan ook dat, op het voorbeeld van het Ontwerp 1865, de bevoegdheid van den eischer uitdrukkelijk in de wet werd erkend bij de herziening van 1896, art. 68 § 3, en daardoor eindelijk elke twijfel werd opgeheven.

Voor welken rechter?

De waarborg wordt geroepen voor den rechter bij wien de oorspronkelijke vordering aanhangig is, al is deze niet de rechter van zijne woonplaats.

Zie art. 126 § 14, art. 74 en hierboven Dl. I bl. 381, 393. Zoo zal de persoonlijke vordering tot vrijwaring door den kooper tegen den verkooper ingesteld niet bij den rechter van de woonplaats des verkoopers worden gebracht, maar bij den rechter van de plaats waar het verkochte onroerend goed gelegen is. De bepaling van art. 126 § 14 is duidelijk alleen op de betrekkelijke bevoegdheid van toepassing; de bepaling bevat voor deze persoonlijke vordering eene afwijking van den regel die den rechter van de woonplaats als den bevoegden aanwijst, in § 1 van dat zelfde art. 126, waar niet dan van de betrekkelijke be-

voegdheid de rede is. Ook de bewoordingen van art. 74: „die ter zake van vrijwaring gedagvaard zijn zullen gehouden zijn voor den rechter voor wien de oorspronkelijke zaak aanhangig is, te procedeeren," laten m. i. geene andere beteekenis toe. In ieder geval wordt de beteekenis daarvan bepaald door art. 126 § 14, want de kracht van art. 74 zit vooral in de beperking: „doch indien duidelijk bleek", enz. Zie CARRÉ en CHAUVEAU Q. 771, 2°. en 772 en de daar aangehaalde schrijvers en jurisprudentie.

Wanneer nu eens de vordering tot vrijwaring mocht behooren tot de bevoegdheid van den kantonrechter, zal 't geen gewenschte uitkomst zijn, dat zij niet in het aanhangig geding kan worden ingesteld, doch niettegenstaande er connexiteit van vorderingen bestaat, kunnen zij toch ook op dien grond niet bij denzelfden rechter komen, wanneer die connexe vorderingen tot de volstrekte bevoegdheid van onderscheiden rechters behooren. Nog minder praktisch is de uitkomst wanneer de vordering tot vrijwaring tot de kennisneming van den H. Raad mocht behooren ex art. 87 R. O. Aangenomen eens dat art. 74 B. R. aan dit artikel kon gezegd worden te derogeeren, en dat men zou kunnen aannemen dat het ook op de volstrekte *) onbevoegdheid inbreuk maakte, zou dan art. 161 G. wet (1848) ook zulk een derogatie dulden? Dat de wetgever inbreuk op eene bepaling van de Grondwet zou gemaakt hebben is toch ook al niet aan te nemen als 't niet buiten allen twijfel duidelijk is. Zij die bij den kantonrechter zijn gedagvaard kunnen daar ook niet een oproeping tot vrijwaring doen welke op zich zelve tot de bevoegdheid van de rechtbank zou behooren evenmin als de bij den Hoogen Raad gedagvaarde Staat den niet onder het forum privilegiatum behoorenden waarborg voor dien rechter zou kunnen trekken Zie nog W. J. VAN BONEVAL FAURE, Het forum privilegiatum van art. 161, Gr.wet, Acad. proefschrift. Leiden 1887. bl. 29—33. — Ofschoon de vraag, of art. 74 aan art. 87 R. O. derogeerde door de afschaffing van het hier bedoeld forum privilegiatum bij de wet van 1893 n° 93 is vervallen, liet ik deze argumentatie hier staan, omdat de vroegere stand der wetgeving zijn invloed kan blijven doen gelden bij de inter-

*) De H. Raad beschouwde in overeenstemming met den Proc.-gen. RÖMER, bij arrest van 15 Maart 1872 de bevoegdheid ex art. 87 als eene betrekkelijke, uit hoofde van den persoon. Zie daartegen mijne aant. in R. Bijbl. 1872 bl. 584. De ontwerper van W. v. B. R. 1865 acht het twijfelachtig of art. 74 ook aan art. 87 derogeert, maar uit een wetgevend oogpunt bestaat er z. i. geen twijfel of eene bepaling waaruit die derogatie zou volgen, zou ongrondwettig zijn. Vandaar worden in dat Ontwerp t. a. p. art. 23 de gevallen van art. 87 R. O. uitdrukkelijk van den regel van het tegenwoordig art. 74 uitgezonderd. Zie Ontw. uitg. BELINFANTE bl. 35 en 146.

pretatie der behouden bepalingen. — Bij een vonnis van 11 Januari 1895 W. 6623 was de Rechter in kanton II Rotterdam van oordeel dat art. 74 niet alleen op de betrekkelijke maar ook op de volstrekte bevoegdheid betrekking heeft. Hier had de eischer, wiens vordering krachtens art. 43 R. O. bij den Kantonrechter was gebracht, een derde in vrijwaring opgeroepen met een vordering waarvan het bedrag de bevoegdheid des Kantonrechters te boven ging.

De regel, die m. i. slechts een inbreuk op de betrekkelijke bevoegdheid maakt, geldt te dien aanzien zonder uitzondering. Art. 74 zegt, dat de in vrijwaring gedagvaarde voor den rechter over de oorspronkelijke zaak heeft te procedeeren „zelfs indien hij mocht ontkennen waarborg te zijn." De tegenwerping: „als waarborg moet ik de bevoegdheid van dien rechter erkennen, maar aangezien ik dit niet ben, behoef ik het niet" zou wel logisch klinken maar toch niet kunnen opgaan, omdat dan dat: al of niet zijn van waarborg, een vraag zou zijn, die de rechter zou moeten beslissen om zijne competentie uit te maken, die hij dan eo ipso reeds als vaststaande had aangemerkt. In geval van formeele vrijwaring komt het vooral duidelijk uit, hoe door deze behandeling van beide zaken voor één rechter twee processen in eens kunnen worden afgedaan, tijd en kosten bespaard, en tegenstrijdige beslissingen voorkomen. Maar ook bij eenvoudige vrijwaring is de beslissing van beide geschillen door denzelfden rechter niet zonder belang, omdat ook dan toch een nauw verband tusschen beide zaken bestaat zoodat de beslissing in de een van die in de andere afhankelijk is of op die in de andere invloed uitoefent. Overigens verklaart die uitdrukkelijke bepaling, dat de waarborg voor den rechter over de hoofdzaak moet procedeeren al mocht hij ontkennen waarborg te zijn, zich daaruit dat, naar het fransche recht vóór de Ordonnantie van 1667 en naar het oudhollandsche recht, de ontkenning van waarborg te zijn voldoende was om den waarborg zijn eigen rechter te doen behouden. De rechter over de hoofdzaak onderzoekt alzoo de gegrondheid van die ontkenning niet. Zie bij de PAEPE Etudes II p. 11 n°. 3 en 4. Het opportunisme dat de vereeniging der procedures bevorderde won het ten slotte van de gehechtheid aan het actor sequitur forum rei. Alleen moet misbruik worden voorkomen. Daartegen waakt art. 74 a. h. e., al is het dan ook moeilijk om zich een geval voor te stellen waarin duidelijk blijkt, dat de oorspronkelijke eisch alleen gedaan is om den waarborg van zijn eigen rechter

aftetrekken. Daar moet dan wel samenspanning tusschen den oorspronkelijken eischer en den oorspronkelijken gedaagde bestaan. BOITARD weet niet anders dan een voorbeeld te ontleenen aan RODIER den commentator van de ordonnantie ad tit. 8, art. 8, Q. 1.

Zij zullen dan derwaarts verwezen worden zegt art. 74, waarbij ondersteld wordt dat de waarborg die verwijzing gevorderd heeft.

Naar de bepaling van art. 74 in verband met art. 155 (oud) kon dus de waarborg zich alleen op de onbevoegdheid des rechters over de hoofdzaak beroepen op grond dat duidelijk bleek dat de oorspronkelijke eisch alleen gedaan was om den als waarborg opgeroepene van zijn eigen rechter aftetrekken. Hij zal nù, doet het geval zich voor, na de afschaffing van art. 155, en op grond van art. 141 gehouden zijn zich niettemin als waarborg te verdedigen en de rechter zal de verwijzing eerst uitspreken na den waarborg ook in zijne verdediging au fond te hebben gehoord.

Procedure. — De verweerder roept op.

Indien de verweerder beweert tegen een derde recht op vrijwaring te hebben, is hij bevoegd dezen daartoe in het hangend geding op te roepen tegen den dag waarop de zaak moet dienen.

Heeft hij dit niet gedaan dan heeft hij verlof tot de oproeping noodig. Hij moet dan vóór of op den dag voor de verwering bepaald aan den rechter, bij met redenen omkleede conclusie vóór alle weren, verzoeken om den waarborg op te roepen en dat hem daartoe een termijn worde verleend. Bij het bepalen van den termijn houdt de rechter rekening met den afstand van des waarborgs woonplaats. De rechter het verzoek toewijzende, bepaalt tevens den dag waarop zoowel de hoofdzaak als die tot vrijwaring weder ter rolle zal worden opgeroepen. Zoo wordt de behandeling van de hoofdzaak gedurende dien tusschentijd geschorst. Art. 68 §§ 1 en 4.

De oproeping in vrijwaring kan voor den verweerder een middel zijn om hem zijne verdediging gemakkelijk te maken, wanneer hij daardoor iemand in het geding roept die den oorspronkelijken eisch zal bestrijden; in ieder geval zal daarvan het gevolg zijn dat zijn recht tot vrijwaring wordt beoordeeld door denzelfden rechter welke den daarmede in verband staanden oorspronkelijken eisch beoordeelt. Op zich zelf gaat die vrijwaring den eischer niet aan. Diens belang bestaat alleen daarin, dat het door hem aanhangig gemaakt geding door die oproeping

niet onnoodig of niet meer dan noodig vertraagd worde. Bij de beraadslagingen over tit. I B. I in de zitting van de 2de kamer van 6 Febr. 1828 zeide de heer LECLERCQ: „Le demandeur principal ne doit pas être arrêté dans sa poursuite par une demande incidente en garantie à laquelle il est étranger; le garanti ne doit pas être privé du droit qu'il a de se faire défendre par son garant; et ce dernier doit connaître l'action intentée à celui qui prétend être garanti." NOORDZIEK Geschiedenis d. Beraadsl. W. v. B. R. 1827—1828 I bl. 25. Kan de verweerder alzoo het middel aanwenden zonder dat de eischer in de vervolging van zijn recht vertraging ondervindt, dan gaat hij op eigen gezag daartoe over. Maar dan moet de waarborg ook gedagvaard zijn niet alleen vóór maar ook tegen den dag waarop de hoofdzaak dienen moet; anders zou de verweerder uitstel moeten hebben totdat ook de waarborg zou kunnen verschijnen en hij zou dan, door 't gebruik van het middel, den eischer, zonder dat deze daarover gehoord was, dwingen tot oponthoud. De waarborg moet ter voorbereiding en verschijning den wettelijken termijn vrij hebben. Is de termijn, tegen welken de oorspronkelijke eischer dagvaardde, daartoe te kort, dan kan de verweerder niet op eigen gezag in vrijwaring roepen; dit is volkomen in orde, want de eischer had aan de mogelijkheid van eene oproeping tot vrijwaring niet te denken noch daarop te letten. Dat in „de oproeping vóór den dag," waarvan art. 68 spreekt, ligt opgesloten ook tegen dien dag, blijkt ten duidelijkste uit den zooveel juister gestelden fr. tekst van ons art. in art. 69 W. 1830. „Lorsque le défendeur — il sera tenu de proposer sa demande à la première comparition, si déjà il n'a assigné le garant." Immers vervalt daardoor de aanleiding, welke de hollandsche tekst geeft om al het gewicht daarop te leggen dat de oproeping vóór den dag waarop de zaak heeft moeten dienen geschiede. Waar eenvoudig wordt gezegd „tenzij hij den waarborg reeds gedagvaard heeft", is daarin ook de dag tegen welken begrepen en moet daarbij vanzelf aan den dienenden dag, waarvan hier sprake is, gedacht worden. Vooral omdat het den verweerder, die de oproeping wil doen, niet alleen daarom te doen is, maar ook en vooralsnog wel voornamelijk om, gelijk dit naar de oude wet het geval was, eene schorsing van de hoofdzaak te verkrijgen, en, naar de herziene wet, om een dag bepaald te zien waarop zoowel de oorspronkelijke zaak als die in vrijwaring weder zal worden opgeroepen. MR. v. ROSSEM bl. 115 n°. 2 heeft gelijk dat de gedaagde er weinig aan zou hebben om, wanneer hij vóór den

dienenden dag oproepende een zeer langen termijn daarbij stelde; dit toch zou hem zelven meer dan den eischer kunnen hinderen. Maar indien de gedaagde tegen den dienenden dag in vrijwaring oproept dan heeft hij tot die oproeping het verlof des rechters niet noodig en tegenspraak van den eischer komt dan met het oog op eene schorsing, niet te pas. Roept de verweerder wel vóór maar niet tegen den dienenden dag op en kan dus die oproeping eerst op een lateren dag worden aangebracht, dan houdt hij den eischer op, indien hij zijne vrijwaring in verband met de hoofdzaak wil behandeld hebben. Er bestaat dan gelijke reden, als wanneer hij op den dienenden dag met zijn verzoek komt, dat de eischer daarop wordt gehoord en tot het doen van een verzoek tot oproeping wordt hem de gelegenheid niet gegeven, daar hij vóór den dienenden dag de oproeping deed. Nu kan ik mij zeer goed voorstellen dat de verweerder slechts zelden de gelegenheid zal hebben om tegen den dienenden dag op te roepen en dat daarom in de praktijk vrij geregeld een verzoek ten dienenden dage zal worden gedaan, maar het blijft mij voorkomen dat er alleen in het geval dat de oproeping tegen den dienenden dag gedaan werd, reden bestaat om den gedaagde van een verzoek om tot oproeping te worden toegelaten te ontslaan; maar dat, als hij tegen een lateren dag oproepen wil, hij een verzoek moet doen dewijl de eischer dan recht van medespreken moet hebben over de verwikkeling en het uitstel van de zaak. Wordt nu daartoe door de wet de gelegenheid niet gegeven en kan het verzoek slechts op den dienenden dag worden gedaan, dan moet ook de bevoegdheid om tegen een lateren dan den dienenden dag op te roepen geacht worden uitgesloten te zijn. DE PINTO gaat van de m. i. juiste opvatting uit zonder die te adstrueeren. II § 36 bl. 99. Zie ook PENNINK, bl. 27. Min juist m. i. OUDEMAN I § 36 en v. ROSSEM t. a. p.

Heeft de verweerder alzoo van de bevoegdheid geen gebruik gemaakt, hetzij omdat hij dat niet gewild heeft, of het niet heeft kunnen doen, dan heeft hij verlof des rechters noodig en moet hij daartoe bij conclusie verzoek doen. Waarom? Omdat hij nu, zal hij wil hebben van zijne oproeping tot vrijwaring, een termijn noodig heeft om den waarborg in het hangend geding te doen verschijnen en de eischer dan daarop zal moeten wachten. Want de eischer moet niet in de vervolging van het behoorlijk aangelegd geding door den verweerder worden opgehouden door een soms uit de lucht gegrepen beweren dat de uitslag van het geding hem verhaal kan geven op een ander, maar nu moet

tegenover den eischer worden aangetoond dat de verweerder recht op vrijwaring kan doen gelden, en er dus voor die oproeping en het daarvoor noodige uitstel reden bestaat.

Het verzoek moet gedaan worden vóór of op den dag op welken de verweerder TEN PRINCIPALE moet antwoorden, zeide art. 68 (oud). Volgens art. 69 W. 1830 moest dit plaats hebben „op den beteekenden dag" of zooals de fr. tekst luidde: „à la première comparition." De verandering was eene verbetering. Immers waartoe op den beteekenden dag, indien de verweerder nog eene declinatoire of dilatoire exceptie voorstelt waarmede de waarborg niet te maken heeft? Dezen heeft verweerder noodig bij de hoofdzaak, hij doe dus zijn verzoek tot oproeping voordat hij zich op de hoofdzaak ga verdedigen. Nu evenwel de verweerder naar art. 141 (1896) verplicht is alle exceptiën en zijn antwoord ten principale te gelijk voor te dragen, moet hij volgens art. 68 (nieuw) het verzoek tot oproeping in vrijwaring doen vóór alle weren op den dag voor het voordragen van die verwering bepaald. Alles moet tusschen eischer en verweerder tegelijk uitgevochten worden, en ofschoon eene veroordeeling van den waarborg alleen te pas zal komen, indien de verweerder op de hoofdzaak veroordeeld wordt, moet toch de waarborg het geding medemaken. Intusschen bleek het toch wel dat die vereeniging van alle middelen al te zeer op de spits werd gedreven, indien een waarborg voor de hoofdzaak werd opgeroepen, terwijl de verweerder zelf zich op de betrekkelijke onbevoegdheid des rechters wilde beroepen en hij desniettemin den waarborg van diens natuurlijken rechter ging aftrekken om hem te onderwerpen aan een rechter dien hij, verweerder, zelf niet als den zijnen erkende. Zoo mag dan de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid in dit geval van het geheel der verwering worden afgescheiden en moet zij tegelijk met het verzoek tot oproeping in vrijwaring worden voorgedragen bij gebreke waarvan zij voor gedekt zal worden gehouden, art. 68 § 2. Langs dien weg zal dan althans de bevoegdheid des rechters om over de zaak te oordeelen hetzij door eene uitspraak des rechters, hetzij door het stilzwijgen des verweerders vaststaan, wanneer de oproeping tot vrijwaring geschiedt. Wanneer evenwel de verweerder oproept tegen den dienenden dag, zoodat de waarborg ook op dien dag verschijnt en alzoo het verzoek om op te roepen wegvalt, dan zal de verweerder op den dag, voor het voordragen der verwering bepaald, art. 141 § 2 in acht moeten

nemen en zal hij de exceptie van onbevoegdheid met zijn antwoord op de hoofdzaak hebben te vereenigen, en tevens tegen den waarborg eisch hebben te doen, zoodat deze het proces medemaakt en bij slot van rekening wegens onbevoegdheid van den rechter op de hoofdzaak van de instantie ontslagen wordt. Daarin kan voor een procureur die niet van verwikkelingen houdt een reden te meer gelegen zijn om, als hij zich op de onbevoegdheid des rechters beroepen wil, den waarborg niet tegen den dienenden dag op te roepen, maar tot deze oproeping op den dag voor de verwering bepaald, verzoek te doen.

Het verzoek om de incidenteele vordering tot vrijwaring te mogen instellen of, beter, om de vordering tot vrijwaring incidenteel te mogen instellen, geeft zelf tot een incident aanleiding. Het onderwerp daarvan is eigenlijk geene vordering maar veeleer een verzoek. Er is geen kwestie van een recht dat de verweerder beweert tegenover den eischer en tot welks erkenning met veroordeeling hij 's rechters tusschenkomst inroept, maar alleen van een maatregel tot voorbereiding van zoodanige vordering of van het proces daarover. Nu moet de eischer, wiens geding daardoor belemmerd kan worden, daarover gehoord worden en terwijl de rechter, indien de eischer geen bezwaar heeft, het verzoek eenvoudig kan toestaan, zal hij eene beslissing hebben te geven, wanneer de eischer het verzoek bestrijdt.

Het door die bestrijding ontstaan geschil moest summierlijk beslist worden, naar art. 68 § 2 (oud). Kon dat summierlijk nog aanleiding geven om het in den zin van de plano, op mondelinge adstructie ter audientie, op te vatten, gelijk OUDEMAN t. a. p. blz. 97, zich houdende aan de opvatting van het summier in het W. 1830, dit aannemelijk schijnt te achten, (verg. echter mijn Summier proces bl. 29,) dewijl we hier met een incident te doen hebben kan wel niet anders dan de bepaling van art. 247 toegepast worden, gelijk men vroeger de summiere behandeling voor incidenteele vorderingen, in art. 141 (oud) voorgeschreven, toepaste.

Het verzoek dient niet alleen om een termijn te doen bepalen, maar ook om alsnog te mogen oproepen zeide de Regeering (v. D. HONERT ad § 68 i. f.) Dat ligt ook in de door mij gekozen bewoordingen. De rechter zal natuurlijk op dit incident niet kunnen uitmaken of den verweerder een recht op vrijwaring tegen den aangewezen waarborg toekomt; eene dergelijke uitspraak tusschen hem en den oorspronkelijken eischer gewezen zou in ieder geval den verweerder alleen het recht benemen om in dit geding een derde tot vrijwaring op te roepen

niet om eene zelfstandige actie daartoe strekkende in te stellen. Nu zal de rechter het verzoek wel kunnen afwijzen omdat hij van oordeel is dat de feiten, waarop de verweerder zijn recht tot vrijwaring doet steunen, dat recht in 't algemeen niet rechtvaardigen: hij zal ook, een recht tot vrijwaring in 't algemeen erkennende, van oordeel kunnen zijn, dat het belang 't welk de verweerder er bij heeft om zijn recht door eene oproeping in het hangend geding te handhaven niet opweegt tegen het belang van den eischer om de zaak zonder schorsing voort te zetten; in ieder geval mag de afwijzing van het verzoek niet anders steunen dan op de overweging dat er geen grond bestaat om in dit geding eene OPROEPING tot vrijwaring toe te staan. Conf. CARRÉ ad art. 180. Verg. jurisprudentie in verschillenden zin bij v. OPPEN v°. Vrijwaring n°. 74, 75. Eerste Vervolg n°. 140, 142, 143.

Het verzoek wordt gedaan bij eene met redenen omkleede conclusie ter terechtzitting te nemen, in welke conclusie, gelijk ik reeds opmerkte, ook de exceptie van onbevoegdheid wordt opgenomen. art. 68 § 1, 2.

Bepaling van den termijn in verband met den afstand van des waarborgs woonplaats. Verg. art. 7 en vv. en hierboven § 58, II bl. 54 vv.

Daar de rechter naar de nieuwe (1896) lezing van het artikel den dag bepaalt, waarop zoowel de oorspronkelijke zaak weder en nu met die in vrijwaring (de laatste is eigenlijk eerst door de uitspraak ontstaan, dus komt voor het eerst) ter rolle zal worden opgeroepen, werd bepaling van den termijn overbodig, maar bij de bepaling van den dag der herhaalde oproeping behoort de rechter den afstand der woonplaats van den waarborg in aanmerking te nemen. v. ROSSEM bl. 118.

Schorsing. De wetgever, deze noodzakelijke verkorting van het belang des eischers, ter wille van het, om de betere berechting, overwegend belang des verweerders, toelatende, wil die ook niet buiten de grenzen der noodzakelijkheid hebben uitgebreid en waakt voor misbruik door in art. 69 te bepalen, dat, indien het verzoek op den bepaalden rechtdag niet is gedaan of de verweerder van de hem verleende vergunning geen gebruik heeft gemaakt door binnen den bepaalden tijd te dagvaarden, er zonder uitstel in de hoofdzaak voortgeprocedeerd wordt.

De schorsing van de hoofdzaak heeft uit den aard der zaak plaats

gedurende den termijn, welke den verweerder werd toegestaan om den waarborg te doen verschijnen, doch werd in 1896 in verband met het bij die herziening in toepassing gebrachte rolsysteem beperkt tot den dag waarop de rechter, bij elk vonnis waarbij hij de oproeping toestaat, bepaalt dat de hoofdzaak weder met de zaak in vrijwaring zal worden opgeroepen. art. 68 § 4.

De oproeping tot vrijwaring geschiedt bij eene dagvaarding, die, behalve dat zij, wat de vordering tot vrijwaring betreft, moet voldoen aan de eischen van art. 5, den inhoud moet behelzen van het vonnis, waarbij de oproeping in vrijwaring werd toegestaan; voorts moet daarbij worden overgegeven afschrift van de stukken welke aan den oorspronkelijken verweerder beteekend zijn. Art. 68 § 5. Hoe?

Indien het verzoek afgewezen wordt, bepaalt de rechter bij die beslissing den dag, waarbij de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen, art. 68 § 6.

De eischen van art. 5. Zie § 56. Dat aan deze moet worden voldaan behoefde de wet niet uitdrukkelijk te zeggen. Ook sluit de bijzondere verplichting om afschrift van de aan den oorspr. verweerder beteekende stukken over te geven de toepasselijkheid van art. 133 § 4 niet uit.

Dat het vonnis waarbij de oproeping is toegestaan aan den waarborg niet behoeft beteekend te worden volgt daaruit dat het tusschen andere partijen is gewezen; alles wat daarin voorkomt over het geschil dat soms tusschen deze is gevoerd gaat hem niet aan. Hij heeft dus een afschrift daarvan niet noodig en de beteekening daarvan zou niet dan tot omslag en kosten leiden. Op grond daarvan mag men nu ook als juist beschouwen de praktijk, die onder den in de dagvaarding op te nemen inhoud van het vonnis alleen verstaat het dispositief. Dit is voldoende om aan te toonen dat de verweerder tot oproeping van den waarborg in dit geding is gemachtigd. Verg. DE PINTO t. a. p. § 38. OUDEMAN bl. 97.

Dat tot de beteekende stukken in de eerste plaats de dagvaarding behoort, is duidelijk, vermits de waarborg, nu hem de motieven van het vonnis niet medegedeeld worden, daaraan de dagvaarding tot vrijwaring heeft te toetsen om de gronden waarop die steunt te beoordeelen.

Voortzetting v. h. geding.

Wanneer de waarborg verschijnt wordt het geding tegen hem tegelijk met de hoofdzaak voortgezet. De oorspronkelijke verweerder wordt, in dit met de hoofdzaak vereenigde geding over de vrijwaring, eischer in vrijwaring en de waarborg, gedaagde in vrijwaring. De oorspronkelijke eischer wordt door deze benaming van den eischer in vrijwaring onderscheiden.

Men kan de stadhuistermen: eischer in cas van vrijwaring en gedaagde in dat cas gemakkelijk vermijden. Den waarborg behoeft men niet garant, den gewaarborgde niet gegarandeerde te noemen.

Verschijnt de waarborg niet dan wordt tegen hem verstek verleend als in andere zaken en de conclusien des eischers in vrijwaring zullen, in verband met de uitspraak op de hoofdzaak, worden toegewezen, indien ze den rechter niet onrechtmatig of ongegrond voorkomen. Art. 76.

Hoe gaat het met de toepassing van art. 89*a*? De algemeenheid zijner bewoordingen laten niet toe het niet toepasselijk te achten. Maar aangezien hij die verstek liet gaan de bevoegdheid heeft om alsnog in rechte te verschijnen, zoolang het profijt van het verstek nog niet is uitgesproken, zou de gedaagde waarborg eene vertraging in het geding kunnen brengen ten nadeele van den oorspronkelijken eischer, voor welke de wetgever deze heeft willen behoeden wanneer zij door den oorspronkelijken verweerder zou worden veroorzaakt. Art. 73 kan den oorspronkelijken eischer van dienst zijn, daar het hem de bevoegdheid geeft te vorderen dat zijne vordering afzonderlijk worde beslist.

Gevolgen op de hoofdzaak:

a. bij formeele of zakelijke vrijwaring.

Indien de vrijwaring betreft eene door den oorspronkelijken eischer ingestelde zakelijke rechtsvordering, is de waarborg bevoegd de zaak van den gewaarborgde over te nemen, die buiten het proces gesteld wordt, indien hij dit vordert voor dat eenig vonnis tusschen hem en den oorspronkelijken eischer is gewezen.

De oorspronkelijke eischer kan zich echter, ter bewaring van zijn recht, tegen de buiten-processtelling van den gewaarborgde verzetten.

Het tegen den waarborg gewezen vonnis wordt tegen den gewaarborgde ten uitvoer gelegd behalve de veroordeeling in de kosten en die tot ver-

goeding van schade en interessen welke alleen tegen den waarborg ten uitvoer gelegd worden.

Indien echter de gewaarborgde in het proces gebleven is, moet hij, bij onvermogen van den waarborg, de kosten dragen. Ook kan hij, zoowel in als buiten het geval van onvermogen des waarborgs, tot vergoeding van schaden en interessen veroordeeld worden, wanneer de rechter oordeelt dat daartoe gronden zijn. Art. 70 en 71. Verg. Ontwerp art. 19, 20.

De vrijwaring, die eene zakelijke rechtsvordering betreft, wordt in den Code garantie FORMELLE genoemd. Onze wetgever vermeed dit woord doch men is gewoon in de praktijk van formeele vrijwaring te spreken. Tegen de uitdrukking zakelijke vrijwaring kan, dunkt mij, geen bezwaar bestaan. In ieder geval is de breedsprakigheid: „vrijwaring wegens onderzetting of andere zakelijke rechten" te vermijden.

De laatstgenoemde omschrijving is evenwel traditioneel. De Ord. van 1667 zeide: „en garantie formelle, pour les matières réelles ou hypothécaires" en de Code, art. 182, gebruikt dezelfde uitdrukkingen. In art. 71 W. 1830 luidt de fr. tekst als die van den Code en in den hollandschen wordt, evenals in art. 70 onzer wet, onderzetting voorop gesteld. Reeds merkten de fr. schrijvers op dat de onderzetting hier geen bijzondere vermelding behoefde en het Ontwerp zegt dan ook eenvoudig: „In geval van vrijwaring wegens zakelijke rechten". De bijvoeging is te minder gepast omdat men juist niet zeggen kan dat vrijwaring vooral wegens onderzetting plaats vindt. Integendeel! Het geval dat art. 1252 B. W. als vrijwaring qualificeert *) kan hier niet bedoeld zijn. Het is geen vrijwaring van het rustig bezit, en noch bij betaling, noch bij gerechtelijke uitwinning kan van eene oproeping tot vrijwaring sprake zijn. Men moet dus denken aan het geval dat een goed als onbezwaard is verkocht en er niettemin hypotheken op worden verhaald. Er heeft b.v. een onrechtmatige doorhaling plaats gehad, zoodat de hypotheek werkelijk bestaan bleef, arg. art. 1253, 1265 § 2, of er werd inschrijving genomen nà den verkoop en vóór de overschrijving van de acte. Dan bestaat er voor den derden bezitter reden om zich

*) C. C. a. 2178 „recours en garantie;" art. 106 der Belg. wet van 1854 liet de beide laatste woorden weg; het spreekt alleen van »recours."

tegen de uitoefening van het zakelijk recht te verzetten en den verkooper bijv. tot vrijwaring te roepen, maar de bezitter zal dan, formeel althans, geen verweerder maar eischer zijn in de hoofdzaak, als zich verzettende tegen de executie.

Wanneer een kooper of een huurder, aangesproken met een revindicatie van het gekochte of gehuurde goed, den verkooper of verhuurder oproept om zijne verbintenis tot vrijwaring van het rustig bezit of genot gestand te doen, kan de verkooper of verhuurder aan die oproeping niet beter beantwoorden dan door te zeggen: laat die zaak maar aan mij over, ik ben beter in staat die aanspraak van den revindicant af te weren dan gij, en, terwijl ik u beveiligen moet tegen het geding en zijne nadeelige gevolgen, neem ik al dadelijk den last van het gedingvoeren en daarmede het geding zelf van uwe schouders. Indien de gewaarborgde dit aanneemt en derhalve de zaak aan den waarborg overlaat, wordt hij buiten het proces gesteld. Maar terwijl hij nu van den last en de mogelijke kosten van het proces ontheven wordt, verliest hij meteen de bevoegdheid om zich verder met het proces over de hoofdzaak te bemoeien. Al moet hij nu ook, bij verlies van het proces, door den waarborg schadeloos gesteld worden, de uitslag van het proces kan hem dikwijls toch niet onverschillig zijn en zijn belang kan daarom wel eens niet meebrengen alles aan den waarborg over te laten. Daarom is de gewaarborgde alleen bevoegd om zijne buiten-processtelling te vorderen; hij mag er in blijven tot bewaring van zijn recht, zooals art. 70 § 2 er nog ten allen overvloede bijvoegt. De gewaarborgde krijgt dan de rol van gevoegde partij. Zóó blijft hij in het geding en onze wetgever verbeterde den Code door te zeggen: hij zal in het proces kunnen blijven wanneer hij dit verkiest, niettegenstaande de ander de zaak overneemt, in plaats van: „le garanti, quoique mis hors de cause, pourra y assister" waarin eene door interpretatie op te helderen contradictie ligt. „Assister" beteekent hier klaarblijkelijk het „causae adesse" van eene gevoegde partij.

Maar moet de oorspronkelijke eischer, de revindicant, het zich laten welgevallen dat alzoo een ander gesteld wordt in de plaats van hem dien hij met recht dagvaardde en die aanvankelijk met hem in het geding trad? In het algemeen kan dit hem die een zakelijk recht doet gelden, niet schelen; hij stelde de actie niet tegen den kooper of huurder van de zaak in, als zoude deze jegens hem verbonden zijn; dan had hij met hem en met hem alleen te doen; hij zoude hem

tegen zijn wil geen ander schuldenaar en ook geen ander verweerder kunnen opdringen. Maar de eigenaar sprak den kooper of huurder alleen aan als den houder van het goed, onmiddellijk op het goed is zijn aanspraak gericht. Heeft hij een persoon noodig tegen wien hij zou kunnen ageeren, het is alleen diens feitelijke betrekking tot het goed welke hem juist dien kooper of huurder tot verweerder gaf.

Intusschen, hoe waar dit in het algemeen zij, in elk bijzonder geval gaat het niet geheel op, zoodat de eischer er alleszins belang bij kan hebben dat de oorspronkelijke gedaagde, de gewaarborgde, in het geding blijve. De eischer is dan ook bevoegd om zich tegen de buitenprocesstelling van den verweerder te verzetten; hij kan, zooals de wet het uitdrukt, vorderen dat de gewaarborgde in de zaak blijve. Het is evenwel niet voldoende dat de eischer belang daarbij heeft, hij kan dit alleen tot bewaring van zijn recht. Zoodanig recht ligt echter voor de hand. Heeft hij zijn eisch tegen een kooper ingesteld, dan zal deze niet eens bezitter te kwader trouw behoeven te zijn opdat de eischer meer op hem te verhalen kunne hebben dan op zijn auteur: ook als hij te goeder trouw is heeft hij van af de dagvaarding genoten vruchten uit te keeren en kan hij tot schadevergoeding gehouden zijn. Hetzelfde kan voorkomen waar den bezitter bij scheiding het goed werd toegewezen. En, als de verweerder slechts houder is, bijv. huurder, dan zal hij wel niet ex art. 630 vv. gehouden zijn, maar ligt kan ook hij tot schadeloosstelling verplicht wezen en, al zou de revindicant ook daarvoor den verhuurder kunnen aanspreken, hij heeft deswege toch ook eene vordering tegen den huurder.

Voorts zal ook de gewaarborgde in het proces moeten blijven indien er reeds eenig vonnis tusschen hem en den eischer is gewezen. Art. 70 § 1. De reden daarvan moet zijn dat de verweerder zich dan, nadat de waarborg in het proces was, in het geding met den eischer (natuurlijk den oorspronkelijken) heeft ingelaten en daarom ook met hem voortprocedeeren moet. Cf. CARRÉ ad art. 182 en CHAUVEAU Q. 778 n^{0}. 2. De ord. van 1667, art. 9, sprak van: „s'il le requiert avant la contestation,'' en het was juist om de onzekere beteekenis dier uitdrukking weg te nemen dat in den Code (art. 182 § 1) „le premier jugement'' daarvoor in de plaats werd gesteld. Het in art. 70 § 1 bedoelde vonnis kan natuurlijk niet zijn het vonnis waarbij op de oproeping in vrijwaring zelve (of over de onbevoegdheid) is uitspraak gedaan. Immers dit

moet altijd gewezen zijn voordat er van het optreden van een waarborg sprake kan wezen en zoo is het duidelijk dat wij, in verband met de aangegeven ratio, hier alleen aan een vonnis te denken hebben dat gewezen is nadat de waarborg in het geding kwam. En dan maakt het geen onderscheid van welke soort dit vonnis moge zijn, zij het ook een interlocutoir of preparatoir.

Zoo wordt die toelating en weder niet toelating van de buitenprocesstelling een voortdurend „in en uit." Zoude men ze niet kunnen missen? Mr. v. ROSSEM antwoordt op deze vraag (blz. 121): „Mijn antwoord zou, gelijk uit mijn betoog blijkt, ongetwijfeld bevestigend zijn."

Nu komt, naar aanleiding van de bepalingen der wet de daaruit ontstane verhouding der partijen hierop neer: Neemt de waarborg de zaak over, dan wordt de hoofdzaak verder tusschen hem en den oorspr. eischer voortgezet en de gewaarborgde treedt, wanneer hij in het proces blijft, in de rol als van eene gevoegde partij. Neemt de waarborg de zaak niet over, dan wordt de hoofdzaak met den oorspr. verweerder voortgezet en de waarborg zal vanzelf gevoegde partij zijn. Want de oproeping tot vrijwaring sluit hier eene oproeping tot verdediging in zich, welke in de toegezegde vrijwaring ligt opgesloten en waaraan de waarborg voldoen kan zelfs door over te nemen. De waarborg die daartoe de bevoegdheid mist, zooals dat bij eenvoudige vrijwaring het geval is, is niet gelijk bij de formeele, van zelf in het geding over de hoofdzaak; wil hij ook daarin iets te zeggen hebben, dan moet hij zich voegen, art. 72.

Verzet de eischer zich tegen de buitenprocesstelling om zijn recht tegen den oorspr. gedaagde te doen gelden, dan is deze niet eenvoudig gevoegde partij, maar hij is met een medegedaagde gelijk te stellen.

De formeele vrijwaring heeft dus ten gevolge: 1°. dat er in de hoofdzaak een derde optreedt met of zonder toetreding van den oorspr. verweerder, of dat de derde eenvoudig toetreedt; 2°. dat er een tweede geding met dat over de hoofdzaak verbonden wordt en door denzelfden eischer berecht, nl. dat over den door den oorspr. verweerder als eischer in vrijwaring tegen den waarborg ingestelden eisch tot schadeloosstelling, voor het geval dat het proces tegen den oorspr. eischer verloren wordt.

Tenuitvoerlegging van het vonnis tegen den gewaarborgde. Dit is noodzakelijk, zal de eischer, de praktische strekking van zijn eisch: oplevering van het goed of gedoogen van de uitoefening van een recht, voldaan krijgen. Immers dat goed bevindt zich onder den oorspronkelijken verweerder, den gewaarborgde. Bleef deze in het proces hetzij als gevoegde, hetzij als medegedaagde dan kan zelfs eene veroordeeling tegen den gewaarborgde worden uitgesproken. Maar ook voor 't geval dat hij geheel buiten het proces gesteld werd, bepaalt de wet niets exorbitants. Immers die buitenprocesstelling beoogt niet anders dan ontheffing van de verplichtingen om het proces te voeren. Het gevolg is niet dat ook zelfs de uitslag van het proces den verweerder niet meer zou aangaan. Veeleer heeft de verweerder, door die buitenprocesstelling te vragen of aan te nemen, verklaard, dat hem de uitslag onverschillig is, zoodat hij, zonder zich met de zaak te bemoeien, zich aan de uitspraak onderwerpt, de uitvoering van het vonnis zal gedoogen of daartoe medewerken voor zooveel van hem afhangt. Ook kan de veroordeeling tot oplevering der zaak of tot dulden van de erfdienstbaarheid zeer goed tegen den gewaarborgde worden uitgesproken, want daarin ligt niet anders dan het complement van de veroordeeling des waarborgs. De erkenning van het recht wordt tegen hem gevraagd, de gevolgen daarvan: de oplevering der zaak aan den gewaarborgde opgelegd. Dat voor die ten uitvoerlegging het vonnis aan den gewaarborgde beteekend moet worden kan dan ook nauwelijks twijfelachtig zijn. Het kan evenwel geen kwaad dat het gezegd wordt. Doch, was de herinnering aan de beteekening niet overbodig, het overige gedeelte van art. 71 § 2 had men kunnen weglaten.

In art. 1594 B. W. wordt aan den huurder de bevoegdheid toegekend om den verhuurder tot vrijwaring op te roepen. Geschiedt dit dan zal het overnemen van de zaak door den verhuurder en buitenprocesstelling van den huurder op grond van art. 70 B. R. kunnen volgen. Maar blijkens 1594 § 2 zal de huurder de buitenprocesstelling kunnen vorderen, mits hij dengene opgeve voor wien hij in het bezit is, m. a. w. voor wien hij houder is. Kennelijk roept hij in dit geval den verhuurder niet op tot vrijwaring, want dan kwam die opgave niet te pas. Wat zal dan het gevolg zijn van deze buitenprocesstelling? Zij kan niet bestaan in een ontslag van de instantie, want dan zou het geding vervallen. De opgave moet dus den eischer nopen om den verhuurder als bezitter der zaak te dagvaarden, tegen dezen de revindicatie in te stellen met veroordeeling om te gedoogen dat de zaak door

den huurder worde opgeleverd en dan wordt de huurder buiten het geding gesteld dat tegen hem aangevangen en verder tusschen den eischer en den verhuurder wordt voortgezet. De huurder buiten het proces gesteld heeft zich daar dan niet verder mee in te laten, terwijl het vonnis dan van zelf tegen den huurder uitvoerbaar wordt. De verhuurder kan zich ook uit zich zelf voegen en dan overnemen. Zie bl. 67.

Ten aanzien van de veroordeeling in de kosten en in vergoeding van schade en interessen geldt eene bijzondere bepaling. Is de gewaarborgde buiten het proces gesteld, dan wordt niet hij maar de waarborg in de kosten veroordeeld en dat deze veroordeeling niet tegen den gewaarborgde ten uitvoer gelegd kan worden, als die tot oplevering van de zaak, is duidelijk. Is daarentegen de gewaarborgde in 't proces gebleven, hetzij als gevoegde partij hetzij als medegedaagde, dan behoort hij even goed als de waarborg voor zijn deel in de kosten veroordeeld te worden, maar de veroordeeling van den waarborg in de kosten gaat hem niet aan, evenmin als in het eerste geval. En toch heeft hij dan door de oproeping tot vrijwaring den eischer gedwongen meer kosten te maken en als deze ze nu niet op den waarborg verhalen kan door diens onvermogen (kennelijk onvermogen zegt de wet daarmede teruggevende: „insolvabilité notoire'' van den Code de pr.), dan wordt de gewaarborgde daarvoor aansprakelijk. Hij moet ze dan dragen en zal daarvoor door den eischer kunnen worden aangesproken zonder dat de vereffening tegen hem plaats heeft, want die moet tegen den waarborg geschieden en zonder dat ook de ten uitvoerlegging van die vereffening met den waarborg tegen hem plaats heeft. Was de gewaarborgde buiten het proces gesteld en heeft de eischer dit goedgevonden, dan draagt hij zelf het gevaar van dit onvermogen van den waarborg. Ik zou evenwel niet gelooven dat de eischer alleen om dit mogelijke gevaar, daargelaten het geval dat de waarborg reeds blijkbaar onvermogend was, zou mogen vorderen dat de gewaarborgde in het proces blijft; want dit kan hij alleen vorderen tot bewaring van zijn recht; kon hij het om een mogelijk gevaar, er was geen reden waarom de eischer het in eenig geval zou nalaten.

Wat de vergoeding van schaden en interessen aangaat ook daarin wordt de waarborg veroordeeld want is hij de bezitter dan kan het vonnis ook op dit punt alleen tegen hem ten uitvoer

gelegd worden. Elke veroordeeling van den gewaarborgde wordt zelfs uitgesloten als deze buiten het proces gesteld is. Door dit toetelaten geeft de eischer te kennen dat hij op hem geen recht te verhalen heeft. Bleef evenwel de gewaarborgde in het proces, dan zal de gewaarborgde, even goed als de waarborg, uit eigen hoofde, op vordering des eischers tot schadevergoeding veroordeeld kunnen worden en de rechter zal bovendien — dit meen ik uit het slot van art. 71 te moeten afleiden — den gewaarborgde in de veroordeeling tot schadevergoeding tegen den waarborg uitgesproken kunnen doen deelen. Het geldt hier geen vergoeding voor den eischer van schade uit de oproeping tot vrijwaring voortvloeiende zooals bij de kosten, maar eene verplichting die, naar 's rechters oordeel, even goed op den gewaarborgde behoort te rusten. Daarom is hierbij ook geen sprake van onvermogen van den waarborg en is het eenig vereischte ook hier, dat de gewaarborgde niet buiten het proces werd gesteld. In het Ontwerp komt in art. 20 § 4 het onderscheid tusschen beide gevallen, door eene verbetering in de redactie beter uit. In die redactie is art. 71 § 4 juist geïnterpreteerd en indien niet art. 71 § 4, blijkens den holl. en fr. tekst van art. 72 § 4 W. 1830, bestemd was den inhoud van art. 185 § 3 C. de pr. terug te geven, dan kon de opmerking van de 1e afd. der 2e Kamer en het antwoord daarop door de Regeering gegeven (NOORDZIEK Handelingen W. v. B. R. 1827—28 II. bl. 398 en 542) ons licht van den goeden weg brengen. Daar heerscht blijkbaar verwarring en misverstand.

Ik ging bij de verklaring van art. 71 § 4 van de onderstelling uit dat met de kosten bedoeld worden: de kosten van het proces; met schade en interessen: de schadevergoeding elders wel door kosten, schaden en interessen aangeduid. De juistheid dezer onderstelling blijkt 1°. uit de onderscheiding in ons artikel zelf gemaakt, 2°. uit de vergelijking met den fr. tekst van 1830, waar reeds in het 3e lid van art. 72 kosten, schaden en interessen wordt teruggegeven met: les dépens, dommages et intérêts en voorts ook in het 4e lid dépens wordt gesteld tegenover dommages et intérêts.

Heb ik voor de ontwikkeling van de in art. 70 en 71 onderstelde en geregelde toestanden eenige uitvoerigheid noodig geacht, daar het voor het recht verstand van die bepalingen vóór alles op de duidelijke voorstelling van die toestanden aankomt; bij geen mij bekend fransch schrijver vond ik dergelijke ontwikkeling beter dan bij BOITARD op

art. 182 en 183 C. de pr. Ik beveel de kennisneming daarvan aan, doch vestig tevens de aandacht op de bijzondere punten waarin mijne opvatting van de zijne afwijkt.

b. Bij eenvoudige vrijwaring.

In geval van eenvoudige vrijwaring kan van overneming der zaak door den waarborg evenmin sprake zijn als van buitenprocesstelling van den gedaagde.

De waarborg is evenwel bevoegd zich in het geding tusschen den oorspronkelijken eischer en den gewaarborgde te voegen. Art. 72.

Men denke hier aan het geval, dat bij de eenvoudige vrijwaring op den voorgrond staat, dat de oorspronkelijke verweerder tot nakoming eener verbintenis is aangesproken en dat deze een ander oproept om hem tegen de gevolgen eener veroordeeling te vrijwaren. Hij zou, even weinig als hij bevoegd is zijnen schuldeischer tegen diens wil een ander schuldenaar in zijne plaats te geven, een ander zijne plaats als verweerder kunnen laten innemen. Maar de waarborg wordt in zoodanig geval zelfs niet opgeroepen om in het aanhangig geding deel te nemen. Hij wordt toch niet geroepen om tegen de ingestelde vordering in verband met de daarmede beöogde veroordeeling te beveiligen, maar alleen tegen de gevolgen van eene veroordeeling. De waarborg wordt hier niet in, maar naar aanleiding van, in verband met het oorspronkelijk geding, tot vrijwaring geroepen. Hoogstens wordt hij tot deelneming aan de hoofdzaak geroepen, in zoover als de tegen hem gerichte vordering met die hoofdzaak in verband gebracht wordt. Wil hij echter in het geding over de hoofdzaak deelnemen, dan heeft hij daartoe de bevoegdheid, maar hij moet dan daarin optreden door zich te voegen.

Dat den waarborg de bevoegdheid daartoe werd toegekend, is gemakkelijk te verklaren. Indien hij, bij veroordeeling van den oorspr. verweerder, tot vrijwaring (schadeloos houden) gehouden kan zijn, kan 't voor hem van belang wezen de veroordeeling van den verweerder te keeren, dezen in zijne verdediging te steunen en te zorgen, dat alle gronden van verdediging worden aangevoerd die kunnen strekken om den eischer in het ongelijk te doen stellen. Daartoe moet hij als gevoegde partij optreden.

Maar moet hij daartoe, als bij voeging in het algemeen, verzoek doen? Neen; hij treedt krachtens zijn recht, dat hij aan de oproeroeping ontleent, als gevoegde partij op. Rotterdam 16 Febr. 1876

bij v. OPPEN 1e verv. 2e ged. bl. 528 n°. 149. Rechtbank Amsterdam 25 Oct. 1889 W. 5828.

Deze voeging van den waarborg in het geding over de hoofdzaak moet wel onderscheiden worden van de (samen)voeging der beide zaken: de hoofdzaak en het geding tot vrijwaring. Deze behoeft m. i. ook niet uitgesproken te worden. Zij is van rechtswege het gevolg daarvan dat de gedaagde, krachtens de hem toegekende bevoegdheid of krachtens 's rechters verlof, in het aanhangig geding den waarborg oproept. Daaruit volgt dat de beide gedingen voor denzelfden rechter gelijktijdig worden behandeld, al worden zij daarom nog niet altijd te gelijk uitgewezen, wat toch ook van eene uitdrukkelijke (samen)voeging het gevolg niet zoude zijn. art. 73. Voegt nu de waarborg zich in de hoofdzaak, dan wordt de hoofdzaak tusschen den oorspr. eischer formeel tegen twee partijen: den verweerder in de hoofdzaak en den waarborg als gevoegde partij, gevoerd, terwijl het geding in vrijwaring gevoerd wordt tusschen den gewaarborgde als eischer en den waarborg als gedaagde. En deze beide gedingen behoeven niet samengevoegd te worden. Zij zijn dit van zelf, zooals ik straks zeide. Er wordt dan ook niet in ons art. 73, dat overigens aan art. 184 C. de pr. is ontleend, eene uitspraak over de samenvoeging (jonction) der beide gedingen ondersteld, en evenmin eene uitspraak over de scheiding (disjonction) voorgeschreven. Hier geldt: wat men doet, behoeft men niet te zeggen, een regel die wel meer onnoodige formaliteiten kon doen vervallen.

Zal de gedaagde in vrijwaring als gevoegde partij tegenover den eischer van alle den gewaarborgde ten dienste staande middelen kunnen gebruik maken? Zeker heeft hij dezelfde bevoegdheid welke aan iedere gevoegde partij toekomt. (Zie hierboven § 82 bl. 64 v.) Maar zal hij met name de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid des rechters om van de hoofdzaak kennis te nemen kunnen opwerpen? Eene partij die zich ongeroepen in een geding bij den gedaagde voegt heeft zeker die bevoegdheid niet: hij kan niet beweren voor een onbevoegden rechter geroepen te zijn, omdat hij zich uit eigen beweging aanmeldde en niet gedagvaard werd. Maar de gedaagde in vrijwaring werd juist voor dezen rechter gedagvaard omdat de hoofdzaak daar hangende was; voor dien rechter moet hij verschijnen, indien hij zich niet beroepen kan op de slotbepaling van art. 74. Indien evenwel de rechter over de hoofdzaak niet bevoegd is, dan

zou de waarborg niet voor dien rechter behoeven te procedeeren en het is voor den waarborg van evenveel belang als voor den oorspr. verweerder om niet van zijn natuurlijken rechter te worden afgetrokken. Naar den fr. Code art. 169 ging het echter zeker niet op wanneer de oproeping in vrijwaring had plaats gehad. Want de exceptie van betr. onbevoegdheid was door de exceptie van vrijwaring gedekt. En ofschoon het verzoek om in vrijwaring te roepen dat karakter van exceptie in onze wet niet heeft noch gehad heeft. wil toch art. 68 § 2 dat de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid plaats hebbe tegelijk met het verzoek om in vrijwaring op te roepen en dat zij anders voor gedekt worde gehouden. Heeft alzoo de oorspronkelijke verweerder de exceptie niet voorgesteld, dan is zij gedekt en kan zij ook den gedaagde in vrijwaring niet ten goede komen. Deze kan te dezen aanzien een eigen recht alleen aan art. 74 a. h. e. ontleenen. Maar als de oproeping zonder verlof krachtens art. 68 § 1 heeft plaats gehad? Ook dan verlieze men niet uit het oog dat de gedaagde in vrijwaring geroepen moet worden voor den rechter voor wien de hoofdzaak hangende is, niet: aanhangig had gemaakt moeten worden. Hij zou dus alleen kunnen beweren dat de rechter onbevoegd is om over de hoofdzaak te oordeelen, maar voor die hoofdzaak is hij niet gedagvaard, het beroep op die onbevoegdheid is uitsluitend aan den gedaagde, d. i. hier den oorspronkelijken verweerder, toegekend en voor dezen is de exceptie gedekt als hij die niet met de oproeping in vrijwaring volgens art. 141 § 2, heeft vereenigd. Staan ook niet de bewoordingen van art. 74 aan de toekenning van de exceptie aan den geroepen waarborg in den weg? „Die.... zullen gehouden zijn" enz. Iets anders ware het. indien duidelijk bleek wat art. 74 a. h. e. onderstelt. De dagvaarding voor een betr. onbevoegden rechter zou een vermoeden voor de juistheid van die onderstelling in het gegeven geval kunnen opleveren. Een zelfstandig beroep op de betrekkelijke onbevoegdheid des rechters heeft de gedaagde in vrijwaring alzoo uitsluitend in het laatst bedoelde geval. Cf. CHAUVEAU bij CARRÉ Q 774 2°.

Wat de exceptie van volstrekte onbevoegdheid betreft, de woorden van art. 156 op zich zelve genomen, zouden hier niet in den weg staan; men zou zelfs geneigd zijn te vragen, of het er wel op aankomt, wie het middel voorstelt, als het toch in iederen stand van het geding kan voorgesteld worden en de rechter het zelfs ambtshalve kan toepassen. Maar art. 156 kan, (in verband met art. 155 oud)

toch moeilijk geacht worden het beroep op de onbevoegdheid aan een ander dan aan hem toe te kennen, die voor dien rechter gedaagd is met die vordering, welke beweerd wordt niet tot diens rechters competentie te behooren. Ik zou het tegendeel niet met den H. Raad durven aannemen, op grond dat de waarborg er meer belang bij heeft. Dat gaat lang niet altijd op. Doch er is een ander argument dat mij thans tot het gevoelen van den H. Raad doet overhellen. Indien juist is de meening, op bl. 80 door mij verdedigd, dat art. 126 § 14 j°. 74 alleen op de betrekkelijke bevoegdheid toepasselijk is, dan moet daaruit volgen dat, als bijv. de hoofdzaak bij den kantonrechter was gebracht en deze absoluut onbevoegd ware om daarover te oordeelen, de waarborg niet gehouden zou zijn om voor dien rechter te procedeeren, en dat hij ook voor zich eene exceptie van onbevoegdheid daaraan kan ontleenen. De rechter is onbevoegd om over de vrijwaring te oordeelen, omdat hij tot oordeelen over de hoofdzaak volstrekt onbevoegd is en daarop kan de waarborg zich als grond voor zijne exceptie beroepen, dewijl het beroep op de volstrekte onbevoegdheid door het stilzwijgen van den verweerder in de hoofdzaak niet gedekt is. Dit laatste zal alleen het geval zijn, indien de hoofdzaak bij den kantonrechter behoorende, bij de arrond. rechtbank gebracht ware, en dit op grond van art. 157. Het arrest van den H. Raad, waarop ik straks doelde, is van 17 April 1874 W. n°. 3713.

Behandeling van beide zaken.

De beide gedingen, dat over de hoofdzaak en dat over de vrijwaring worden nu gezamenlijk behandeld, doch de behandeling van de hoofdzaak behoeft niet op die van de vrijwaring te wachten. Indien beide te gelijk in staat van wijzen zijn, wordt op beide gezamenlijk in één vonnis recht gedaan, zoo niet, dan kan de oorspronkelijke eischer zijne vordering afzonderlijk doen uitwijzen. Art. 73.

Ook in het geval van formeele vrijwaring en zelfs dan wanneer de oorspr. verweerder buiten het proces, d. i. dat over de hoofdzaak, is gesteld, zullen er twee gedingen zijn: 1°. dat over den oorspronkelijken eisch, 2°. dat over den eisch tot vrijwaring. Bij formeele vrijwaring zullen beide gedingen, door 't innige verband tusschen beide vorderingen, al zeer licht gezamenlijk en pari passu ten einde gebracht kunnen worden. Bij de eenvoudige vrijwaring zal het eerder voorkomen dat beide dingen geen gelijken tred houden. Maar hoe

dit zij, de oorspr. eischer mag, dit is ook hier weder het beginsel waarvan de wetgever uitgaat, door de oproeping in vrijwaring, die hem eigenlijk niet aangaat, niet meer dan noodig is, worden opgehouden. Verg. hierboven bl. 85.

De afdoening der hoofdzaak wacht dus niet op die der vrijwaring. De C. de pr. wil in dat geval de scheiding van beide zaken uitgesproken hebben. Onze wet schrijft dit niet voor. Op de reden daarvan wees ik vroeger. Maar het punt, waarop het aankomt is, dat. terwijl de vrijwaring met de hoofdzaak vereenigd behandeld wordt om het verband dat er tusschen beide bestaat, nu niettegenstaande dat verband niet zoo innig schijnt te zijn, toch de vrijwaring blijft onderworpen aan het oordeel van den rechter over de hoofdzaak, die daarvan eenmaal op wettige wijze is gesaisisseerd.

Wat is hier te verstaan onder staat van wijzen? De wetgever zegt in art. 255 zoo uitdrukkelijk, dat hij de beteekenis dier uitdrukking dáár voor bijzondere gevallen bepaalt, dat wij daaruit voor dit geval geene onmiddellijke gevolgtrekking kunnen maken. „In staat van wijzen" beteekent uit zich zelf: in dien staat dat door den rechter uitspraak gedaan kan worden. Terwijl nu de instructie der zaak met het nemen van conclusiën ter audientie gesloten wordt en de pleidooien alleen strekken tot ontwikkeling van den inhoud dier conclusiën zoodat zij desnoods achterwege kunnen blijven, zou ik meenen, dat, wanneer die conclusiën genomen zijn, de eischer bevoegd is dag van pleidooi op de hoofdzaak te vragen opdat daarna uitspraak kunne gedaan worden, zonder dat hij behoeft te wachten dat ook in de vrijwaring is geconcludeerd.

Tenuitvoerlegging van het vonnis.

Wanneer op de hoofdzaak en op de vrijwaring gezamenlijk recht gedaan wordt, de beslissing over beide alzoo in één vonnis wordt opgenomen, moet dit door hem die dit tenuitvoerleggen wil, beteekend worden aan ieder veroordeelde tegen wien de tenuitvoerlegging gericht wordt. Werd bij afzonderlijke vonnissen uitspraak gedaan, dan wordt elk vonnis alleen tegen den daarbij veroordeelde tenuitvoergelegd.

De bepaling van art. 71 geldt in zaken van eenvoudige vrijwaring niet.

Oproeping door den eischer.

Wanneer de eischer van de hem eveneens toekomende bevoegdheid gebruik maakt om een derde tot vrijwaring op te roepen, dan moet

hij het verzoek daartoe doen bij met redenen omkleede conclusie ten dage bepaald voor het dienen van repliek. Art. 68 § 3.

De vraag of de eischer tot oproeping in vrijwaring bevoegd is, is nu die bevoegdheid bij de herziening van 1896 in art. 68 § 3 is erkend, geen vraag meer.

Het ontwerp 1865 gaf voor de herziening der wet op dit punt een goeden leidraad. In den regel zal de eischer tot die oproeping geen aanleiding hebben tegen den dienenden dag; eerst het antwoord des verweerders zal hem daartoe grond geven. Was nu voor hem de bevoegdheid om oproeping te verzoeken door dit antwoord uitgesloten, het hem toekomende recht werd licht illusoir. Maar dat hij 't moet verzoeken even goed als de verweerder, volgt ook daaruit, dat deze nà 't antwoord aanspraak heeft op eene beslissing des rechters en nu op zijne beurt in de handhaving van zijn recht niet door den eischer willekeurig mag worden opgehouden. Nu zal ook het antwoord van den verweerder niet alleen aanleiding tot eene oproeping in vrijwaring geven, maar ook voor den eischer voldoende zijn om daartoe over te gaan. Hij zal dan zijn verlangen moeten te kennen geven om eene conclusie van repliek te nemen (art. 142) en op den daarvoor bepaalden dag bij eene conclusie, waarin hij tevens van repliek kan dienen op die van antwoord, het verzoek om een derde in vrijwaring op te roepen motiveeren.

Bij de oproeping van den waarborg, indien hem daartoe verlof wordt gegeven, zal de eischer zich hebben te gedragen naar art. 68 § 5. Van welke beteekende stukken zal hij daarbij afschrift moeten geven? Het antwoord van den gedaagde, waarop het hier aankomt en dat den eischer aanleiding gaf tot de oproeping is niet beteekend. Indien het hem evenwel om behoorlijke inlichting van den waarborg te doen is, zal hij niet nalaten een afschrift der conclusie van antwoord te doen overgeven. Zie v. ROSSEM bl. 119. In art. 70 wordt de bevoegdheid tot overneming van de zaak en buiten-processtelling ook toegekend voor 't geval van oproeping door den eischer. Doch zij bleef tot vrijwaring wegens zakelijke rechten beperkt. Daarom kan zij niet toegepast worden, waar de eischer als cessionaris eene schuld vordert, wier bestaan door den verweerder tegengesproken wordt; evenmin zal, waar een lastgever aangesproken wordt die beweert dat buiten zijn last is gehandeld, de opgeroepen lasthebber de zaak mogen overnemen. Terwijl dan de overneming en buiten proces-

stelling tot zakelijke rechten beperkt bleef, zal toch wanneer een kooper, zijn eigendom tegen een daarop door een derde uitgeoefend wordende erfdienstbaarheid handhavende, den verkooper in vrijwaring roept, nu ook den waarborg de bevoegdheid tot overneming toekomen. Immers ook dan geldt het eene vrijwaring wegens een zakelijk recht en art. 70 is bij de herziening (1896) dus geredigeerd dat ook de waarborg de zaak van den eischer die haar opwierp kan overnemen. Ook zal in zoodanig geval de gewaarborgde eischer in het proces kunnen blijven en de oorspronkelijke verweerder (de wederpartij van den gewaarborgde in art. 70 § 2) mogen vorderen dat de gewaarborgde in de zaak blijve.

Al kon dan de verbetering der wet van 1838 op vollediger wijze zijn aangebracht, de uitdrukkelijke toelating van den eischer tot de oproeping en de nadere regeling zijner bevoegdheid mag een werkelijke verbetering heeten. Want het was, dunkt mij, moeilijk tegen te spreken, dat, gelijk ik in den vorigen druk op blz. 101 opmerkte, de toepassing der wet op den eischer vroeger hare bezwaren had en dat het eene zeer vrijgevige wetsuitlegging mocht heeten, die den eischer toeliet om zijne vordering tot vrijwaring te doen gelden in een tusschen hem en een ander hangend geding. Aan weifeling in de jurisprudentie bleven de justiciabelen blootstaan. Een zeer merkwaardig voorbeeld van zoodanige weifeling indertijd gaf de Rechtbank van Amsterdam in eene zaak opgenomen in het Rechtsgeleerd Bijblad van 1866 XVI bl. 251.

Kantongerechten en handelszaken.

De bepalingen over de vrijwaring zijn op het rechtsgeding voor den kantonrechter even goed als op dat in handelszaken toepasselijk.

Dit volgt vooreerst daaruit dat de bepalingen zijn opgenomen in eene afdeeling van den (algemeenen) titel I van B. I. Ten andere zijn er geene bijzondere bepalingen over gemaakt noch in tit. II noch in tit. IV. Daar geene zakelijke rechtsvorderingen tot de bevoegdheid van den kantonrechter behooren, valt daar natuurlijk de formeele vrijwaring geheel weg.

§ 84. ZEKERHEIDSTELLING.

Waarin bestaat zij?

Op alle vreemdelingen, die als eischers optreden, zonder onderscheid of zij zelve het geding willen aanleggen dan wel in een hangend ge-

ding tusschenkomen en ook wanneer zij zich in zoodanig geding bij den eischer willen voegen, rust de verplichting om ten behoeve van de tegenpartij zekerheid te stellen voor de betaling van de kosten en van de schade en interessen, waarin zij kunnen veroordeeld worden Art. 152.

Code de proc. 1e P. Livre II titre 9 des exceptions art. 166, 167, (C. civ. art. 16.) Verg. Alg. Manier 1799, manier van proc. voor de burg. rechtb. art. 57, 58, 75. Wetb. 1809, B. II tit. 4. art. 595—597, 610. — Zie bovendien de internationale overeenkomst van 14 Nov. 1896, waarvan de artt. 11—13 betrekking hebben tot de zg. cautio iudicatum solvi, goedgekeurd bij de wet van 31 December 1897 (Staatsblad nº. 275), waarover T. M. C. ASSER, la Convention de la Haye du 14 Novembre 1896 relative à la procedure civile, Harlem, La Haye 1901.

Deze zekerheidstelling wordt nog altijd in de praktijk met de latijnsche benaming van cautio iudicatum solvi aangeduid. Eene benaming die even oud als onjuist en overbodig tevens is. Reeds VOET ad tit. D. de satisdat. 2, 8, wijst op die onjuistheid: „quam de impensis cautionem nonnulli iudicatum solvi cautionem dixerunt." En ofschoon dan ook bij sommigen, als bij G. v. WASSENAER Praxis judiciaria, Cap. 1 nº. 65, van cautio pro iudicato en cautie voor 't gewijsde van den Hove wordt gesproken, vinden wij toch bij GROTIUS Isagoge I c. 9. § 11 van cautio pro expensis litis, bij VAN LEEUWEN Censura forensis Pars II, I C. 26 nº. 10, van cautio pro sumtibus en ook bij v. D. LINDEN Jud. pract. I bl. 157, van de cautie voor de kosten van den processe gewag gemaakt. Zoo wordt deze zekerheidstelling ook in de Alg. Manier van 1799 en in 't Wetboek van 1809 t. a. p. als „borgtocht voor de kosten van het proces" aangeduid. Doch bij de fransche schrijvers van vroeger en later tijd is de benaming van „la caution iudicatum solvi" de meest algemeene. Zie POTHIER traité des personnes et des choses nº. 49, en van de latere noemt BERRIAT ST. PRIX I p. m. 210 haar „exception de la caution du jugé", terwijl bij CARRÉ passim de latijnsche uitdrukking voorkomt, evenals bij BONCENNE III p. 168 „ce qu'on appelle dans la pratique la caution judicatum solvi." Ook in het exposé des motifs van het Ontwerp 1886 heet het: „la

caution judicatum solvi est maintenue." p. 30. GARSONNET behoudt eenvoudig de benaming van caution iudicatum solvi, § 301, doch wijst in de noot 5 op den niet romeinschen oorsprong. T. II. p. 386. Die latijnsche benaming is dan ook geen romeinsche, want de bij de Rom. als zoodanig bekende cautio iudicatum solvi moest door den gedaagde worden gepraesteerd en de cautio laatstelijk in Nov. 112 c. 2 aan den eischer opgelegd betrof niet het iudicatum maar de expensa. Al brachten nu ook onze oude juristen de instelling met die romeinsche gaarne in verband, zij wisten wel dat deze niet voor de eischende vreemdelingen geschreven was. Dit laatste was inderdaad bij ons eene inheemsche instelling, evenals zij in Frankrijk in het latere fransche recht ontstaan is, al moge het ook wat al te gewaagd zijn, hare aanleiding in eene oud-germaansche instelling te vinden, waarop DEMANGEAT wijst in zijne uitgave van FOELIX Droit internat. privé, I bl. 263 n[t]. *a*. Te lang heeft men voor alle instellingen, op grond dikwijls van niet anders dan eene gelijkenis, oorsprong of verband met R. R. willen aanwijzen; de studie van 't Germ. recht moet ons niet in 't zelfde euvel ten aanzien van dit recht doen vervallen. — Waren onze rechtsgeleerden vóór den Code op den goeden weg om de instelling met hare juiste benaming aan te duiden en had ook de hollandsche wetgever dat voorbeeld gevolgd, later volgde men liever de bij de Franschen gebruikelijke terminologie en gaf men de eenvoudige, duidelijke en juiste, geenszins gekunstelde hollandsche uitdrukking voor eene onjuiste latijnsche prijs. Wel spreekt DE PINTO II bl. 296, 303 van de zoogenoemde cautio iudicatum solvi of van de zekerheid in de praktijk genoemd c. i. s., doch OUDEMAN I § 77 zegt nog dat „dit stellen van zekerheid eenigzins overeenkomt met de satisdatio iudicatum solvi van het R.R. (daarbij aanhalende § 5 I. de satisd. en tit. D. jud. solvi) en onder dien naam in de praktijk bekend." In de praktijk is dan ook de latijnsche uitdrukking haast uitsluitend in gebruik. Van daar waarschijnlijk ook dat in v. OPPEN's Pasicrisie de jurisprudentie over dit onderwerp onder het woord: Cautio iudicatum solvi is gebracht. Evenzoo wordt in de Pandectes belges ons onderwerp onder het opschrift van dat vreemde woord behandeld. Dat in het bij de wet van 1897 Stbl. n[o]. 275 goedgekeurde verdrag, art. 11, van la caution „iudicatum solvi" wordt gesproken, kan, na het gezegde, geen verwondering wekken. Zouden we ons niet aan „zekerheidstelling voor de kosten" kunnen gewennen? De wetgever geeft het goede voorbeeld.

Of moeten wij ons liever geheel ontwennen aan de instelling zelve en hare afschaffing wenschen? In Engeland kent men het middel ook en zelfs nòg eenigszins uitgebreider volgens SCHUSTER die bürgerl. Rechtspflege in England mit ein Vorwort van Dr. R. GNEIST. Berlin 1887. bl. 135. verg. bl. 210. In het Wetb. van rechtspleging voor het Kon. Italië van 1866 komt zij niet meer voor. Met ingenomenheid wordt hiervan melding gemaakt door Prof. ALLARD in zijn Examen Critique du Code de prov. civ. du Royaume d'Italie, Gand 1870 bl. 56: „A propos des exceptions il me faut rendre hommage à la générosité du législateur Italien qui, appelant tous les étrangers à la complète jouissance des droits civils, a nécessairement fait disparaître l'odieuse institution de la caution à réclamer de l'étranger demandeur." Het sardinische Wetboek van 1859 had reeds hetzelfde bepaald. Dat het belg. Ontwerp van ALLARD de instelling verwerpt, spreekt dan ook als van zelf. Zie Rapport B. I. tit. 4. In het Institut de droit international drong Prof. ASSER in 1875 op de afschaffing aan. (Revue de dr. intern. 1875 bl. 374). De weg tot de afschaffing moet m. i. gebaand worden door tractaten tusschen bijzondere Staten; waarvan Mr. MELCHERS, de toestand van den vreemdeling in het burg. proces, proefschr. Leiden 1879 bl. 46, voorbeelden aanhaalt. Nederland heeft, voor zoover mij bekend, tot op de internationale overeenkomst van 1896, alleen in een traktaat met de Rijnoeverstaten in geschillen door den Rijnvaartrechter te berechten (Staatsblad 1869 n°. 75, art. 36, in verband met Staatsbl. 1869 n°. 37) de verplichting tot zekerheidstelling in 't algemeen en voorts in een tractaat met Italië (Staatsblad 1884 n°. 227, art. 3 in verband met Staatsblad 1884 n°. 214) en in een met België (Staatsblad 1894 n°. 10 art. III, in verband met Staatsblad 1893 n°. 244) de verplichting tot zekerheidstelling voor pro deo procedeerenden opgeheven. De bij art. 27*a* § 5 der Wet van 1869 n°. 124 gemaakte uitzondering voor landverhuizers was zeker een gewichtige stap in de richting der afschaffing. Immers wanneer vrijstelling verleend wordt aan doortrekkende vreemdelingen, die als landverhuizers, zeer weinig waarborg voor de betaling aanbieden, is daarmede de instelling zelve veroordeeld. Want hare strekking zou meêbrengen dat zij in de eerste plaats op dezulken werd toegepast. Niettemin is de instelling behouden in de Civilprozessordnung B. I tit. 6 §§ 101—105 (thans §§ 108—113) en ook bij ons dacht de Ontwerper van 1865 niet aan de afschaffing. Opmerking verdient dat, hoe vrijgevig men bij ons, bij de vaststelling van

het tegenwoordig artikel 9 A. B. jegens de vreemdelingen gestemd was, het behoud van de zekerheidstelling toch eene zeer natuurlijke zaak werd geacht. Maar men voegde er uitdrukkelijk bij „van den vreemdeling die geene vaste goederen [hier te lande] bezit." En, terwijl allen, die bij de beraadslaging over art. 9 eene veel ruimere toepassing van de gelijkstelling van vreemdelingen met Nederlanders verlangden dan ten slotte in de wetboeken werd aangenomen, (zie NOORDZIEK, Gesch. d. beraadsl. B. W. 1820—1821 I bl. 314 (KEMPER) bl. 315 (REYPHINS) bl. 316 (VAN DER KEMP) en bl. 317 (DOTRENGE); verg. het Centraal Verslag II. bl. 64.) en trouwere toepassing van art. 4 der Grondwet (1815) werd beoogd, zoo is het toch duidelijk dat de verplichting tot zekerheidstelling niet haren eenigen grond daarin vond dat de eischer vreemdeling is en dat FOELIX dwaalt, wanneer hij (Droit intern. privé I n°. 132) meent dat, naar den regel, alleen de inboorlingen aanspraak op rechtsbedeeling zouden hebben en dat alzoo de waarborg voor de betaling van de kosten alleen een secundair motief voor de zekerheidstelling zou wezen, terwijl het recht om die te vorderen zou zijn een voorrecht aan 't genot der burgerlijke rechten verbonden. DEMANGEAT heeft hierop reeds recht gedaan. Zeer juist merkt hij m. i. op: „Jusqu'à présent cet article a été expliqué par le désir du législateur d'empêcher qu'un étranger ne puisse porter devant nos tribunaux une demande dénuée de tout fondement, sauf à trouver ensuite dans sa qualité même d'étranger un moyen facile d'échapper au remboursement des frais que le procès a pu causer à l'adversaire. Et ce qui vient bien à l'appui de cette explication, c'est l'exception admise pour le cas où l'étranger demandeur a des immeubles situés en France." Zie ook TREILHARD bij LOCRÉ XXI bl. 28 v. en voor ons vroeger recht v. LEEUWEN C. F. t. a. p. en dan komt daar zeker bij de moeilijkheid om de veroordeeling in de kosten buitenlands te executeeren. Zie POTHIER t. a. p. n°. 49. Is de gevolgtrekking gewettigd, dat men dan ook van burgers de zekerheidstelling moest vorderen, daar deze het der tegenpartij ook lastig kunnen maken, door, na 't verlies van het proces, geene goederen achterlatende naar het buitenland te gaan? MELCHERS t. a. p. bl. 44 en 45. Ligt dat zoo voor de hand? Zou 't redelijk zijn om voor de mogelijkheid van zulk een geval een allen belemmerenden maatregel in te voeren? en mag de logica van een beginsel zoo weinig rekening houden met de werkelijkheid, dat men van den vreemdeling geen waarborg verlangen mag, al meent men dat den burgers, als burgers, zoodanige belemmering niet mag worden tegen-

geworpen? M. i. ware aan het aangenomen beginsel volkomen voldoening gegeven wanneer ook deze uitzondering op de gelijkheid van het genot der burgerlijke rechten evenals menige andere alleen voor den hier geen vast verblijf hebbenden vreemdeling gemaakt was. (Zie art. 587 n⁰. 10, 768 en 710, 1°.) Wat er van dit alles zij, het hierboven aangehaalde tractaat heeft voor de vreemdelingen behoorende tot nagenoeg alle Staten van het vaste land van Europa de zekerheidstelling afgeschaft en de vereischte zekerheid gezocht in op eenvoudige wijze te verkrijgen uitvoerbaarverklaring van de vonnissen voor de veroordeeling in de proceskosten. Artt. 12 en 13 van het Verdrag en in verband daarmede het ontwerp waarbij wijzigingen in art. 431 en het nieuw art. 431*a* van het Wetb. v. B. R. worden voorgesteld ter uitvoering van het Verdrag. Met opzicht tot Staten die niet tot het Verdrag zijn toegetreden of met welke later geen bijzondere verdragen zijn gesloten, blijft het met de zekerheidstelling bij het oude.

De verplichting is opgelegd aan vreemdelingen die als EISCHERS optreden. Niet alzoo aan den gedaagde; „parceque, zegt POTHIER, s'il comparait en jugement, ce n'est que parce qu'il y est forcé." De reden is dus dat de eischer, de hulp des rechters inroepende, door deze zijne handeling een ander tot het maken van kosten dwingt, die hij vergoeden moet als hij het proces verliest. Terecht voegde de fr. wetgever er bij „principaux ou intervenants" en daaronder begrepen de uitleggers ook de zich voegende partij. Onze wetgever, die bij de tusschenkomst uitdrukkelijk de voeging noemde, spreekt ook hier uitdrukkelijk van de zich VOEGENDE of tusschenkomende partij. Als evenwel de Code spreekt van demandeurs intervenants, dan kan eene bij wijze van voeging tusschenkomende partij daaronder wel niet anders begrepen worden, dan wanneer zij zich voegt bij den eischer; de redactie van art. 152 onderscheidt niet, doch de ratio der bepaling en hare wording moet hier de voeging eveneens tot die bij den eischer beperken, als stond er: „of.... zich als zoodanig voegende." Men zou anders ook nog wel de in vrijwaring geroepene, die zich voegde naar art. 72, tot zekerheidstelling verplicht moeten achten! Anders v. ROSSEM bl. 237 nᵗ. 2.

De eischer in reconventie is, al zij hij verweerder in conventie,

m. i. eveneens tot zekerheidstelling verplicht. Voor zijne reconventioneele vordering roept hij 's rechters hulp in; al is de verdediging daartoe de aanleiding, hij gebruikt zijnerzijds een middel van aanval. Men kan niet zeggen dat hij daartoe gedwongen is zooals hij tot de verdediging zelve gedwongen wordt, te minder nu tot de reconventie niet alleen geene verplichting bestaat, maar zelfs geene verknochtheid tusschen de beide vorderingen behoeft te bestaan. Dit laatste dient men in het oog te houden wanneer men in de Civilprozessordnung § 102 n°. 3 (thans § 110 n°. 3) voor de reconventie eene uitzondering vindt aangenomen. Verg. § 33. In het Ontwerp werd de reconventie uitdrukkelijk uitgezonderd, art. 7 § 2 n°. 1. Zie de toel. bl. 141. Bij ons zijn de schrijvers vrij eenstemmig voor de verplichting des vreemdelings ook in dit geval. De schrijvers van de Rechtsg. Adv., VI. 171, verdedigden het tegendeel, doch werden weerlegd door Mr. A. OUDEMAN in Opm. en Meded. XIV. 174, wiens argumenten mij, in 't algemeen, juist voorkomen. De jurisprudentie bleef verdeeld. Zie v. OPPEN Pasicrisie v°. cautio jud. solvi n°. 28. Tweede Vervolg n°. 82.

Komt een vreemdeling in verzet tegen een bij verstek gewezen vonnis of tegen een dwangbevel of tegen de tenuitvoerlegging van een vonnis, ik acht hem in al die gevallen tot zekerheidstelling verplicht. De ratio dubitandi ligt in de beide eerste gevallen daarin, dat de opposant in materieelen zin verweerder mag heeten, waarop bij het leveren van bewijs vooral te letten valt door hen die met het: actori incumbit probatio, zouden willen schermen, maar formeel is hij zeker eischer en daarop komt het hier aan (Verg. IIe dl. bl. 181 v.). Anders Pasicrisie t. a. p. n°. 19. 20. 21. Zie echter ook tweede Vervolg n°. 80. 81. Niet ten onrechte werden in het Ontwerp 1865, art. 7, de geschillen over de tenuitvoerlegging van vonnissen of andere executoriale titels uitgezonderd. Zie toel. bl. 141.

Hoe is het met den vreemdeling die toegelaten werd tot kostelooze procedure? VAN DER LINDEN, Jud. pract. I bl. 157, klaagt dat de cautie voor de kosten van den processe „dikmaals het onderwerp is van incidenteele differenten welke het te wenschen ware, dat eenmaal door eene bepaalde wet een zeker richtsnoer ontvangen mochten," en dan stelt hij, bl. 159, ook de hier door ons gestelde vraag. De fr. wetgever kende de pro deo procedure niet; bij ons werd

zij evenwel reeds gedurende de heerschappij der fransche wetgeving opgenomen (Verg. IIe dl. bl. 280), maar op dit punt is er ook thans nog geen „bepaalde wet". VAN DER LINDEN zeide: „wij oordeelen dit verzoek (om cautie) zeer ongepast te zijn: dewijl men zulke lieden bloot stelt aan het doen van een eed, welken zij vooraf weten niet te kunnen naarkomen." Bij ons kan daarvan geen sprake zijn, omdat de eischer die geen borg kan stellen niet verplicht wordt onder eede te beloven de kosten te zullen betalen, maar het is niet minder ongepast om hem, die toegelaten werd tot kostelooze procedure, als onvermogend de kosten te dragen, tot zekerheidstelling voor de betaling dier kosten te verplichten. Niet, omdat de pro deo procedeerende vreemdeling het proces niet licht zou kunnen verliezen, maar omdat hij toegelaten is, dewijl hij niet heeft, en nu zekerheid moet stellen dat hij wel zal geven. „Donner et retenir ne vaut" zou men kunnen zeggen. En toch geeft alleen wat in iure constituendo zou behooren te zijn, geen grond om het ius constitutum in dien zin te verstaan. Terecht werd dan ook meermalen in de jurisprudentie en door de schrijvers het bestaan der verplichting aangenomen. Zie OUDEMAN I § 77 bl. 197. Pasicrisie n°. 17. In de tractaten wordt meermalen, niettegenstaande de toelating tot kostel. proc., de verplichting tot borgstelling voorbehouden; dat het op den 9 Januari met Italië gesloten tractaat juist het tegendeel bepaalt, art. 3 (Zie de wet van 7 Oct. 1884 n°. 214,) verklaart zich gereedelijk uit het ontbreken der zekerheidstelling in de ital. wetgeving. Toch werd in het traktaat met België (Staatsbl. 1893 n°. 24*b*) dit voorbeeld gevolgd. Verg. Mr. G. BROUWER, Armenrecht, Acad. proefschr. Leiden 1885, bl. 50 vv. — Het Ontwerp 1865 lost de hier besproken moeilijkheid niet op. De Duitsche wet stelt den pro deo procedeerenden vrij. § 107 (thans 115) n°. 2. Bij het bij de wet van 1897 goedgekeurde Verdrag is dit punt niet uitgemaakt, maar de gevallen waarin de moeilijkheid zich kan voordoen zijn verminderd doordien de onderdanen van de meeste Staten van het vasteland van Europa, overeenkomstig dat verdrag tot zekerheidstelling in het geheel niet meer gehouden zullen zijn.

De fransche wetgever zondert handelszaken uit. Onze wetgever heeft die uitzondering niet gewild. De Regeering achtte „de onbegrensde bepaling in een commercieel land van het grootste belang om de ingezetenen voor processen van kwelzieke vreemdelingen te waarborgen." Dien waarborg zal het artikel zeker niet geven en

waarlijk is ook nog niet ieder die een door hem aangelegd proces verliest, kwelziek te noemen; men bedoelde, dat even goed voor den handel als buiten dat gebied een waarborg moest worden gegeven tegen het niet betalen van proceskosten door een zijn proces verliezenden eischer-vreemdeling. Zoo denkt er ook over de Ontwerper: „ofschoon de comitas juris gentium hier overeenstemming tusschen onze wetgeving en die onzer naburen wenschelijk zouden kunnen doen achten, mag daaraan het belang van onzen handelstand niet worden opgeofferd, gelijk terecht reeds bij het vaststellen van het tegenwoordige Wetboek werd begrepen." Zou niet veeleer het handelsverkeer bevorderd worden wanneer ook de vreemdeling op een onbelemmerde rechtsvervolging kon rekenen, en het wèl begrepen belang des handels hier met de comitas iuris gentium overeenstemmen? „Ons Vaderland, dat door den handel en de fabrieken bloeit, heeft er een klaarblijkelijk belang bij, om de vreemdelingen wèl te behandelen en te toonen dat wij van de herbergzaamheid onzer voorouders niet zijn ontaard" lezen wij in het Verslag der Centrale afdeeling over art. 1—73 O. 1820, als aanmerking van 6de afd. der tweede Kamer bij NOORDZIEK Gesch. der Beraadsl. over het B. W. 1820—21 Dl. II bl. 64. Weegt dergelijke beschouwing niet op tegen dien gezochten waarborg tegen kwelzieke vreemdelingen? De Civil-prozessordnung zondert „Urkunden und Wechselprozesse uit § 102 (thans § 110) n°. 2 wegens der „Schleunigkeit dieser Prozessarten."

Wanneer wij eindelijk in de duitsche wet uitgezonderd zien: „Klagen welche in Folge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden", dan komt dergelijke uitzondering bij ons die dat „Aufgebotsverfahren" niet kennen, natuurlijk niet te pas, doch komt toch de vraag op, of niet in gevallen als van verificatie van schuldvorderingen de verplichting tot zekerheidsstelling voor den toelating verlangenden vreemden schuldeischer uitgesloten of althans het niet bestaan der verplichting buiten twijfel gesteld behoort te worden.

Dat de zekerheidstelling ook bij de kantongerechten toepasselijk is volgt uit art. 125.

Aard der vordering tot zekerheidstelling.

Aan deze den vreemdelingen door de wet opgelegde verbintenis ontleent de verweerder eene vordering tot zekerheidstelling, die, wijl zij alleen in een aanhangig geding kan worden ingesteld en den loop van het geding vertraagt of verwikkelt, de bijzondere hoedanigheid van eene incidenteele vordering heeft. Art. 152.

De verbintenis behoort kennelijk tot de zoodanige welke, zooals art. 1388 B. W. zegt, voortspruiten uit de wet alleen; die door de wet, niet als gevolg aan eene daad, rechtmatige of onrechtmatige, worden verbonden. Het is eene verbintenis die men een toestandsverbintenis kan noemen.

Reeds heb ik, in Dl. I bl. 324 v. 3de druk, er op gewezen dat onze wetgever gelijk had deze aan dien verweerder toegekende vordering niet te brengen tot de exceptiën, zooals de fr. wetgever deed. Hij volgde hier het voorbeeld van onze oude praktijk. Behalve DE GROOT t. a. p. op bl. 288 geciteerd, zie men WASSENAER praxis judiciaria I. n⁰. 72 die echter, n⁰. 66, 't gevoelen vermeldt van „eenige die willen seggen dat exceptie dilatoir is." Voorts v. LEEUWEN l. c. n⁰. 10 j⁰. 11; v. D. LINDEN l. c. § 3, § 4 en 6; Alg. Manier 1799 art. 57 j⁰. 60 en 61. Wetb. 1809 art. 595 j⁰, 600 en 601. De toewijzing der vordering tot zekerheidstelling heeft dan ook geen ontslag van de instantie of eenige andere afwijzing van des eischers vordering ten gevolge. Wordt hij al facto belet het geding voort te zetten, hij heeft het recht dat beletsel ieder oogenblik op te heffen. Verg. Rechtb. Almelo 10 Nov. 1897 W. 7125. Onze wetgever heeft, alleen om die vordering tot zekerheidstelling van de exceptiën te onderscheiden, het opschrift der afdeeling aangevuld met de bijvoeging van voorloopige verzoeken, waarin ik evenwel geene gelukkige overbrenging kan vinden van wat VAN DER LINDEN noemt: praeliminaire of prealabele verzoeken. Voorafgaand verzoek ware beter. Tot het invoeren van de benaming van exceptie van vreemdelingschap had DE PINTO zeker geen recht.

Behalve de verandering van benaming had de wetgever aan zijn op zich zelf aannemelijk denkbeeld nog verder gevolg moeten geven door die vordering tot zekerheidstelling van de exceptiën te scheiden en ze, als de Ontwerper in 1865 deed, tot de incidenteele vorderingen moeten brengen. Mij komt dat de eenig juiste benaming voor. Zie ook art. 416 lid 1 „alle andere incidenteele vorderingen" (1876).

Als incidenteele vordering geeft zij tot vertraging of verwikkeling van het geding aanleiding en kan daardoor ook als middel van chicane gebruikt worden, wat de hatelijkheid van het middel vermeerdert. Zie ALLARD hierboven op bl. 107 aangehaald en het werk van Mr. T. M. C. ASSER, la Convention de la Haye p. 97, 113.

De verbintenis is den vreemdeling-eischer opgelegd jegens den verweerder; zij zal dan ook voor hem geen gevolg hebben als de verweerder dit niet verlangt. Art. 152 zegt uitdrukkelijk: „ten verzoeke van de wederpartij," gelijk de Code zeide: „si le défendeur le requiert" waardoor alle kwestie over de mogelijkheid van toepassing ambtshalve wordt uitgesloten. Cf. CARRÉ n°. 703. Maar heeft ieder verweerder dit recht? ook hij die vreemdeling is? Ten onrechte heeft men daarover in Frankrijk getwijfeld. CHAUVEAU op CARRÉ n°. 702 noemt het „une question assez délicate." De bewering dat wij hier te doen hebben met „une institution de notre droit civil, et que les effets de ce droit ne doivent profiter qu'aux Français et aux étrangers admis à l'exercice des droits civils", beteekent niets tegenover eene bepaling die aan vreemdelingen gelijk genot van de burgerlijke rechten verzekert als aan Nederlanders en voor hen dit recht niet uitzondert (Art. 9 A. B).

Art. 152 spreekt van de wederpartij om daardoor te duidelijker aan te geven dat in geval van tusschenkomst of voeging beide partijen het recht zouden hebben de zekerheidstelling te vorderen; bij eigenlijke tusschenkomst, waar de tusschenkomende partij tegen beide gedingvoerende partijen opkomt laat zich dit verklaren, maar wanneer in geval van voeging bedoeld werd dat dan altijd zoowel eischer als verweerder in 't aanhangig geding zekerheidstelling zouden kunnen vragen, komt het mij voor dat dit niet teruggegeven wordt door het woord wederpartij. Immers als de derde zich voegt bij den eischer of bij den gedaagde, is die eischer of gedaagde zijne wederpartij niet, en als hij zich voegt bij gedaagde is wel de eischer zijne wederpartij, maar is hij niet, volgens het beginsel en den aanhef der bepaling, tot zekerheidstelling verplicht. Zie hierboven bl. 109.

Zal de door den vreemdeling gedagvaarde die verstek liet gaan, als hij in verzet komt, van den vreemdeling, omdat deze in materieelen zin eischer blijft, zekerheidstelling kunnen vorderen? Straks betoogde ik dat de in verzet komende vreemdeling zekerheidstelling verschuldigd is. Om dezelfde reden heeft de vreemdeling geopposeerde die nu formeel verweerder is, geen zekerheid te stellen.

Zekerheidstelling kan door het stellen van borgtocht, het geven van pand of hypotheek, het verbinden van inschrijvingen plaats hebben en daarom werd, bij de herziening, borgtocht (art. 129

W. 1830) veranderd in zekerheid. Anders ware art. 1867 B. W. toepasselijk geweest en zou pand of hypotheek eerst te pas komen wanneer de verbondene geen borg kan vinden.

Zij betreft de betaling der kosten en der schaden en interessen, in welke de eischer zou kunnen veroordeeld worden. Naar ons vroeger recht werd de zekerheid, behalve voor de kosten ook gesteld voor te doene reconventie die nl. de verweerder ten gevolge van de tegen hem ingestelde vordering in conventie, tegen den eischenden vreemdeling mocht hebben in te stellen. v. LEEUWEN l. c. WASSENAER t. a. p. VAN DER LINDEN t. a. p. Alg. Manier art. 75, Wetb. 1809 art. 619. Dit komt bij ons niet te pas. Maar terwijl in de oude praktijk overigens uitdrukkelijk gezegd wordt dat de cautie alleen voor de kosten gegeven wordt, voegt onze wetgever er op het voorbeeld van den franschen nog bij: voor schaden en interessen. De fransche schrijvers zijn met CARRÉ eenstemmig van gevoelen dat hier alleen sprake is van schaden en interessen die het gevolg zijn van het proces en waarin dientengevolge de eischer veroordeeld wordt; zij toonen zeer terecht aan dat hier onmogelijk mede bedoeld kunnen worden schaden en interessen die 't voorwerp van den eisch uitmaken, omdat die alleen aan den eischer kunnen ontzegd en daarin alleen de verweerder veroordeeld kan worden. CARRÉ n°. 697 en CHAUVEAU in de aant. Maar welke zijn dan die schaden en interessen waarin de eischer kan veroordeeld worden buiten de kosten van het proces? Daarop geeft CHAUVEAU geen antwoord. BOITARD ad art. 166 n°. 348 zegt: „par exemple pour les dommages intérêts à raison des injures, des vexations que le demandeur se serait permises pendant le procès." Maar hoe kan daarop bij de zekerheidstelling gerekend worden? De Ontwerper van 1865 weet niet, waarin de schaden en interessen kunnen bestaan en spreekt daarom alleen van de proceskosten om ook te voorkomen de onjuiste gevolgtrekkingen, gemaakt in een vonnis Rotterdam 25 Nov. 1856 (R. Bijblad 1857, bl. 73.). Het komt mij voor dat juist voor gevallen als bij dit vonnis behandeld de zekerheidstelling voor schaden en interessen kan te pas komen en terecht toegepast wordt. Wanneer van een middel tot bewaring van recht is gebruik gemaakt, dientengevolge goederen zijn in beslag genomen aan bederf of prijsfluctuatie onderhevig, dan zal de verweerder, de gegrondheid der vordering en de vanwaardeverklaring van het beslag bestrijdende, recht hebben om, behalve veroordeeling in de kosten,

veroordeeling tot schadevergoeding te vragen en wanneer deze vordering gegrond blijkt, zal de vergoeding worden toegewezen van schade, die het gevolg is van het aangewende rechtsmiddel, geheel vallende in de termen van art. 16 C. Civ. waarop de zekerheidstelling voor dommages intérêts in art. 166 (ons art. 152) terugslaat nl.: résultant du procès. Verg. Vonnis Alkmaar 28 Febr. 1843. Rechtsg. Bijblad VI (1844) bl. 356. Verg. dl. V bl. 182, v. Het Verdrag van 1896 vervangt de vordering tot zekerheidstelling door de executoriale kracht van het tegen den vreemdeling gewezen vonnis voor zoover de proceskosten, „frais et dépens" betreft. Van schadeloosstelling heeft men niet willen weten. Zie art. 12 van het Verdrag en het Rapport der Commissie over de memorie van Mr. ASSER in La Convention de la Haye p. 115.

Wanneer in te stellen?

De verweerder kan zijne vordering doen gelden in iederen stand van het geding. Hij behoeft zich evenwel in het geding niet in te laten en hij blijft bevoegd, ook nadat hij de zekerheidstelling vroeg, de exceptie van onbevoegdheid des rechters aan den eischer tegen te werpen. Art. 152.

Door de afdeeling van wetgeving van het Tribunaat werd op het Ontwerp van art. 166 de opmerking gemaakt: „Il serait contraire à toutes les règles de justice et de bienséance qu'après qu'un étranger aurait longtemps plaidé devant un tribunal, on vint lui faire l'injure de demander une caution pour éloigner le jugement." LOCRÉ t. XXI bl. 435. Het is, dunkt mij, een argument tegen de aanwending van het middel zelve. Intusschen is aan deze opmerking de bepaling te danken van art. 166, dat de verweerder de zekerheidstelling vóór iedere andere exceptie moet vragen. Vandaar verschil van gevoelen over de vraag, of onder die andere excepties ook begrepen waren die van onbevoegdheid en nietigheid, welke door CHAUVEAU in overeenstemming met CARRÉ in dien zin wordt beantwoord, dat het verband met art. 169 en 173 meebrengt dat het verzoek om zekerheidstelling geen van deze excepties dekt. Daaraan hebben we zeker het tweede lid van ons artikel te danken. En, terwijl de exceptie van nietigheid evenals die van onbevoegdheid nu met de overige verweermiddelen moet worden voorgedragen, dekt de vordering tot zekerheidstelling geen enkel verweermiddel, gelijk zij ook niet door het gebruik maken van andere verweermiddelen

wordt uitgesloten. Onze wetgever heeft blijkbaar niet gedeeld de bezwaren van rechtvaardigheid en welvoegelijkheid die het Tribunaat drukten. Immers hij staat den verweerder het vragen van zekerheid onbeperkt toe. De verweerder kan dit dadelijk doen, zonder zich in zijne verdediging te benadeelen, en hij behoeft zich op de zaak op geenerlei wijze in te laten. Daaruit volgt dat hij, naar onze wet, kan doen wat het Tribunaat onfatsoenlijk vond en dat hij dus ook nog bij pleidooi eene daartoe strekkende conclusie kan nemen. De verweerder kan dientengevolge, zonder zich te benadeelen, bijna tot aan den afloop van het geding wachten en alzoo, naar den loop van het proces en de houding van den eischer, zijn oordeel omtrent de noodzakelijkheid om zekerheidstelling te vragen vestigen. Anders oordeelt S. M. in Opm. en Meded. VII, bl. 195. Zie echter jurisprudentie bij v. OPPEN n°. 38. Ook vergissen zich de HH. HARTOGH en COSMAN, als zij, bl. 60, van oordeel zijn dat de zekerheidstelling voor alle weren van rechte moet worden gevraagd, al werd dit bij de herziening van 1896 dus bepaald voor het hooger beroep, art. 353 laatste lid, op het voorbeeld van hetgeen art. 415 laatste lid naar de herziening van 1876, voor de cassatie had bepaald. Verg. dl. V. bl. 184.

De vordering tot zekerheidstelling wordt ten dienenden dage ter audientie ingesteld bij gemotiveerde conclusie, terwijl in denzelfden vorm daarop wordt geantwoord. Daarna kunnen pleidooien worden gehouden. Hoe?

Bij den kantonrechter zal ook dit punt met of zonder schriftelijk genomen conclusiën worden behandeld

De verweerder begroot het bedrag der som waarvoor hij zekerheidstelling verlangt.

De vordering kan tot een geschil aanleiding geven, zooals over de som in verband met de schuld waarvoor de zekerheid gegeven moet worden, over de vraag of in het voorhanden geval de verplichting tot zekerheidstelling bestaat, bijv. bij verzet, bij reconventie, enz., ook over de vraag of de eischer vreemdeling is.

Art. 247 moet hier natuurlijk worden toegepast. En dan kunnen zelfs conclusiën van repliek en dupliek worden toegelaten. Artt. 152 en 153 hadden hieromtrent niets te bepalen evenmin als art. 353

laatste gedeelte. Voor de procedure in cassatie, waarbij reeds in 1876 het rolsysteem werd in toepassing gebracht, wordt de procedure opzettelijk geregeld.

De begrooting van de som is noodig omdat het vonnis de som moet uitdrukken tot beloop waarvan de zekerheid moet worden verstrekt art. 153.

Wanneer geschil ontstaat over de vraag, of de eischer vreemdeling is, op wien zal dan de bewijslast rusten? Een vonnis Amsterdam 19 Dec 1868 en een van Groningen van 26 Juli 1867. (Regts. Bijblad 1869 bl. 241 en 686) schijnen in verschillenden zin te beslissen. OUDEMAN zegt eenvoudig „dat de gedaagde, welke beweert dat de eischer vreemdeling is en op dien grond het stellen van zekerheid vraagt, is, in geval die hoedanigheid wordt betwist, verplicht dat te bewijzen." I bl. 200.

Zoo zou dan de verweerder (eischer van zekerheidstelling) moeten bewijzen, dat de eischer vreemdeling is, d. w. z., dat hij geen Nederlander is, naar aanleiding van de positieve bepalingen omtrent het Nederlanderschap in de wet van 12 December 1892 n⁰. 268 op het Nederlanderschap en het ingezetenschap, en meer bepaaldelijk art. 12 dier wet? Maar: negativa non sunt probanda! en de eischer die ontkent vreemdeling te zijn behoeft niet te bewijzen, want negantis nulla probatio! Zoo leiden die adagia tot nihilisme! Opmerking verdient dat OUDEMAN in zijne formulieren n⁰. 54 en 55, den verweerder als grond voor de vordering tot zekerheidstelling laat zeggen: „Aangezien de eischer is een hannoversch onderdaan en dus een vreemdeling" en daarop laat antwoorden: „Aangezien de eischer hoezeer thans te .... in het koningrijk Hannover wonende uit nederlandsche ouders te ... in de Nederlanden is geboren en geene dier daden is verricht, welke ten gevolge hebben, dat iemand de hoedanigheid van Nederlander verliest." Waarom, als het bewijs rust op den verweerder die het vreemdelingschap poneert, niet eenvoudig dat vreemdelingschap ontkent, in plaats van een feit te stellen (geboorte uit Nederl. ouders) dat hij nu althans heeft te bewijzen, omdat hij het stelt? M. i. kan men hier tot geen resultaat komen omtrent de vraag, wie moet bewijzen, als men niet vraagt wat moet bewezen worden? En daarbij zal men noodzakelijk, op het voorbeeld des wetgevers in art. 1902, den bewijslast naar billijkheid moeten verdeelen; d. w. z. geen bewijs opleggen van iets wat in redelijkheid niet te bewijzen is (ik bedoel: in objectieven zin, niet wat eene partij in

't voorhanden geval niet bewijzen kan) en den last van 't bewijs van uitzonderingen of bijzondere, van de algemeene afwijkende, omstandigheden opleggen aan hem die er zich op beroept. Zoo zal de verweerder kunnen volstaan met de hoedanigheid van vreemdeling daaruit af te leiden, dat de eischer in de dagvaarding opgeeft woonplaats te hebben in een vreemd land. Die feitelijke toestand moet de betrekking tot een vreemd staatsverband doen onderstellen en het is objectief onmogelijk dat de verweerder aantoone dat eischer desniettemin geen Nederlander is naar de wet van 1892; dit te beweren ware voor hem zelfs onzinnig evenzeer als te beweren dat eischer vroeger wel Nederlander geweest is, maar door vestiging buitenslands die hoedanigheid heeft verloren! Neen! de gevolgtrekking die, uit den feitelijken toestand door den eischer zelven aangegeven, met recht wordt gemaakt kan, tot tegenbewijs, als waar worden aangenomen. Aan eischer om zich dáárop te beroepen dat hij, niettegenstaande vestiging in den vreemde, Nederlander is en dan zal gedaagde weder hebben te bewijzen, indien hij dit beweren mocht, dat eischer door vestiging van woonplaats in het buitenland de hoedanigheid van Nederlander heeft verloren, waartegen de eischer dan weer het bewijs van de in art. 7 n⁰. 5 wet van 1892 bedoelde kennisgeving kan te berde brengen. Aan den eischer ook casu quo het bewijs dat hij werd genaturaliseerd, wanneer verweerder zal hebben aangetoond dat, niettegenstaande eischer in Nederland woont, hij zich daar uit den vreemde is komen vestigen. Vergelijkt men met het gezegde den inhoud van de beide als strijdig door mij geciteerde vonnissen, dan zal het verschil meer in de formuleering dan in werkelijkheid blijken te bestaan. Zie over het bewijs van vreemdelingschap bij de vordering tot zekerheidstelling vonnis Rotterdam 10 Oct. 1891 W. 6124, rechtb. den Haag 9 April 1898 W. 6688.

Bij het vonnis, waarbij het stellen van zekerheid bevolen wordt, moet de som worden bepaald tot welker beloop de zekerheid moet gesteld worden. Het bepaalt voorts den termijn binnen welken den borg, het in pand te geven of met hypotheek te bezwaren goed of de te verbinden inschrijving moet worden aangeboden door den tot zekerheidstelling veroordeelden eischer en den termijn binnen welken de verweerder de aangeboden zekerheid moet aannemen of betwisten, art. 153. Inhoud van het vonnis.

De keus van het voorwerp der zekerheidstelling is aan den daartoe verbonden vreemdeling-eischer, art. 1309 B. W. Zijne verbintenis is

in dit opzicht eene alternatieve en, wat de bevoegdheid aangaat om in plaats daarvan te consigneeren, is zij facultatief.

De uitvoering van het vonnis geschiedt ook verder op de wijze als bij art. 616—619 B. R. is voorgeschreven. Zoo kan een procedure over de vordering nog weder eene procedure over de voldoening aan het vonnis na zich slepen. Ietwat eenvoudiger is de bepaling van het Ontwerp in art. 9 § 3.

Voor het stellen van borgtocht bevat art. 619 eene bijzondere bepaling. Voor de inpandgeving en hypotheekstelling moeten de bepalingen van het B. W. worden in acht genomen, voor het verband van inschrijvingen in een der grootboeken N. S., de wet van 14 Januari 1815 n⁰. 3, art. 2.

Ontheffing ven zekerheidstelling. De tot zekerheidstelling veroordeelde kan verdere procedure daarover voorkomen door de bij het vonnis bepaalde som te consigneeren, art. 153.

Volgens OUDEMAN I bl. 201 geschiedt deze consignatie gewoonlijk ter griffie. In formulier n⁰. 56 maakt hij melding van eene consignatie ten kantore van den bewaarder der hypotheken. Wanneer partijen zich over de consignatie verstaan, schijnt zij op iedere hun geschikt voorkomende plaats te kunnen geschieden en bij ieder openbaar ambtenaar die zich met de bewaring dier gelden wil belasten. Maar, wanneer gelijk de wet onderstelt, de consignatie is een eenzijdige handeling van den tot zekerheidstelling veroordeelde, zal men hier niet dan aan eene gerechtelijke consignatie kunnen denken en dan kan die alleen geschieden bij den ontvanger der registratie. Wet 28 Nivôse XIII. (FORTUYN II, 330, BREUKELMAN n⁰. 645 bl. 106) K. B. van 1 Dec. 1843 n⁰. 45.

De griffier kan geen bevoegdheid ontleenen aan art. 23 *k* van het tarief omdat daar niet van een consignatie sprake is en de consignatiën, welke ten kantore der hypotheken plaats hebben, zijn niet de hier bedoelde maar alleen die bij de wet van 26 Mei 1841 n⁰. 14 verband houdende met artt. 391 en 506 B. W.

De consignatie zal dan ook wel uitdrukkelijk ten behoeve van den verweerder moeten zijn geschied op zoodanige wijze dat hij, met het veroordeelend vonnis in de hand, later daarop zijn rechten kunne doen gelden, immers dat die consignatie niet zonder zijn toestemming kan worden opgeheven. Het ontwerp 1865 laat in art. 8 § 1 als middel van zekerheidstelling uitdrukkelijk consignatie ter g r i f f i e toe.

Vreemd is de bepaling van art. 153, waarbij ontslag van het stellen van zekerheid wordt toegestaan, „wanneer de daartoe veroordeelde zal hebben bewezen dat zijn onroerende goederen gelegen in de Nederlanden (waarom niet het Rijk?) voldoende zijn om de vastgestelde som daaraan te kunnen verhalen, mits hij op die goederen eene hypothecaire inschrijving toesta. Immers wil dat m. a w. zeggen dat hij in het Rijk gelegen onroerende goederen van voldoende waarde heeft aangeboden tot zekerheid, dat deze zekerheid is aangenomen, dat dientengevolge een acte is opgemaakt waarbij hij hypotheek verleende opdat die hypotheek door inschrijving in de openbare registers op het goed kunne worden gevestigd. Maar dan heeft hij in allen opzichte voldaan aan de verplichting, waarvan hij hier heet ontslagen te worden als behoefde hij er niet aan te voldoen! De bepaling is niet te rechtvaardigen, maar wel te verklaren als men haar wording nagaat. De fr. Code bepaalde eenvoudig in art. 167, dat geen zekerheid behoefde te stellen de vreemdeling die bewees dat zijne in Frankrijk gelegen onroerende goederen voldoende waren om daarop de voor de zekerheid bepaalde som te verhalen. Nu had evenwel DELVINCOURT uitgevonden dat in dit geval de verweerder het recht had krachtens het tot zekerheidstelling veroordeelend vonnis hypothecaire inschrijving te nemen. Al had MERLIN niet zonder reden m. i. gevraagd: „sur quel fondement ce professeur a pu enseigner une telle doctrine?" heeft toch het gevoelen van DELVINCOURT de overhand gekregen (CHAUVEAU bij CARRÉ Q 708, 2°) en heeft onze Wetgever, waarschijnlijk op dat gezag, aan de eerst uit art. 167 C. d. pr. overgenomen bepaling, op verlangen eener afdeeling, toegevoegd: dat de verweerder hyp. inschrijving op die goederen ZOU KUNNEN NEMEN. Nadat daarop terecht was aangemerkt „dat die uitdrukking te veel zweemt naar legale of gerechtelijke hypotheken welke bij het nieuwe burgerl. wetb. zijn afgeschaft" werd dien ten gevolge de uitdrukking gewijzigd, zooals zij thans luidt. V. d. HONERT ad § 153. NOORDZIEK B. B. 1827—28 II bl. 422, 590, 622, 628.

Dat men nu met de verandering weder iets bepaalde dat met het vorafgaande geen juist verband houdt is zoo heel vreemd niet. „Tout comprendre c'est tout pardonner." Als men aan wetgevend werk heeft deelgenomen dat herhaalde bewerkingen ook door andere personen medebrengt, dan ondervindt men hoe licht zulke misstellingen ontstaan. Toen de wetgever evenwel, bij de herziening in 1837, het artikel weer, en toen onbevangen, onder handen nam, had hij de fout licht kunnen ontdekken. Dat de ontwerper de bepaling verbeterde spreekt van zelf.

Gevolg van het niet stellen van zekerheid. Zoolang de zekerheid niet is gesteld, is de tegenpartij ongehouden tot eenige verdediging.

Dit is het eenige doch ook noodzakelijke gevolg dat uit de bestaande bepalingen kan worden afgeleid. DE PINTO II bl. 311. Van een ander gevoelen is OUDEMAN I bl. 203, die van oordeel is, dat, dewijl het geding dan zou blijven hangen, de verweerder den eischer na afloop van den bepaalden termijn mag doen verklaren niet-ontvankelijk om zijne vordering voort te zetten en hem verweerder van de instantie ontslagen. Dat de wetgever dergelijk gevolg in andere gevallen bepaalt, als in art. 268 § 2 B. W. en art. 75 B. R. waarop OUDEMAN zich beroept, is veeleer een argument voor het tegendeel. Waarom het dan hier niet bepaald? Voeg daarbij dat, nu de wetgever het karakter van exceptie aan deze vordering opzettelijk ontnam, en niet uitdrukkelijk ontslag van instantie voorschreef, dit gevolg nog minder kan aangenomen worden. De termijn, binnen welken de zekerheid moet worden gesteld, kan toch zonder nadere bepaling niet ten gevolge hebben, dat zij na dien termijn in 't geheel niet meer gesteld mag worden? M. i. is geen ander besluit mogelijk dan dat de zaak blijft hangen totdat de instantie vervallen verklaard zal kunnen worden. OUDEMAN kan zich evenwel op eene breede rij van uitspraken ten voordeele van zijne meening beroepen. Zie de aant. op bl. 204 waarbij te voegen het tot een ander resultaat leidend betoog van S. M. in Opm. en Meded VIII. bl. 200. Nog werd niet-ontvankelijkheid tot voortzetting van de zaak met ontslag van de instantie aangenomen door Hof 's Bosch 13 Oct. 1896 W. 6945. Zoo belet de benaming van voorloopig verzoek aan dit middel gegeven, omdat zijn inhoud en gevolg niet met die van eene exceptie overeenkwamen, (zie blz. 113 Dl. I bl. 324 v., de jurisprudentie niet om er het gevolg van eene exceptie aan toe te kennen.

Het maakt geen onderscheid welke de reden der niet-voldoening aan de verplichting is. De in ons vroeger recht bekende juratoire cautie (zie V. D. LINDEN t. a. p. bl. 157) is in ons tegenwoordig recht onbekend.

Overigens zag de Ontwerper terecht in, dat eene uitdrukkelijke voorziening in het geval van niet stellen der opgelegde zekerheid noodig is, art. 9, (verg. § 103 nu § 113 Civilprocessordnung) en voorzag hij tevens in het geval dat aan meer eischers of intervenienten de verplichting was opgelegd door dan allen hoofdelijk voor het geheel daartoe gehouden te verklaren, art. 10.

De kosten door het incidenteel geschil over de zekerheidstelling veroorzaakt, kunnen, wanneer de eischer geen tegenspraak doet, worden voorbehouden tot de einduitspraak. Het vonnis zal dan niet veel anders dan een preparatoir vonnis zijn (art. 55 § 2). Wordt de vordering bestreden dan zal er wel geen reden zijn om niet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te veroordeelen. Kosten.

AFDEELING III.

§ 85. INCIDENTEN DOOR HET VOORSTELLEN VAN EXCEPTIËN.

Exceptiën geven tot incidenten aanleiding wanneer zij afzonderlijk worden voorgesteld en behandeld. In hoever incidenten.

Die afzonderlijke behandeling is door de wet alleen bevolen:

a. voor de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid, voor zoover deze moet worden vereenigd met eene bij conclusie gedane oproeping tot vrijwaring; art. 68 § 2.

b. voor de exceptiën van aanhangig geding en die van verknochtheid; art. 158 § 1 en 2, art. 159 § 1 en 2

c. voor de exceptie van beraad art. 141 § 3.

Het onderwerp dezer afdeeling werd voor de procedure in het algemeen, en dus ook voor die in eersten aanleg, waarmede wij ons ook in dit hoofdstuk uitsluitend bezig houden, in het Wetboek van 1838 hoofdzakelijk geregeld in B. I. tit. III afd. 3, waarvan het opschrift toen luidde: van voorloopige verzoeken en van exceptiën. Bij de herziening van 1896 is die regeling aanmerkelijk beperkt en luidt het opschrift thans van voorloopige verzoeken en van de exceptie van onbevoegdheid.

De hoofdbron voor de bepalingen van deze afdeeling is nog wel tit. IX van het IIe boek 1e dl. van den C. d. pr. des exceptions maar grooter zijn thans de afwijkingen dan de wetgever van 1838 zich veroorloofde. De vordering tot zekerheidstelling, die in tit. IX van den Code onder de exceptiën was opgenomen, bleef in de 3de afd. onder de benaming van voorloopig verzoek behouden (zie de vorige §); de vrijwaring werd ook niet meer tot de exceptiën gebracht (zie § 83); ook verviel de § V: de la communication

des pièces, waarover bij ons in de 2de afd. van tit. III, (thans art. 147 en vv.,) bepalingen voorkomen, terwijl de afdeeling met eene enkele bepaling werd aangevuld nl. met die van art. 160, waarop, evenals op de wijziging welke art. 172 C. de pr. in art. 161 onderging, het oud-Hollandsch recht, door tusschenkomst van de Alg. Man. 1799 en 't Wetb. van 1809, zijn invloed oefende. Doch die bepalingen van art. 160 en 161 zijn evenals art. 159 bij de herziening van 1896 vervallen. De onderscheiding der exceptiên in dilatoire en peremtoire, welke van die bepalingen den grondslag uitmaakte, en waarmede de orde in de voorstelling der exceptiën in acht te nemen verband hield, verviel tengevolge van den in art. 141 opgenomen regel volgens welken de verweerder verplicht is alle exceptiën en zijn antwoord ten principale te gelijk voor te dragen. Alleen is daarvoor de uitzondering behouden voor de in den tekst vermelde exceptie van betrekkelijke bevoegdheid in een bepaald geval, voor de exceptie van beraad en ook voor de exceptiën van aanhangig geding en verknochtheid, waarover nader.

De exceptiën werden uit het oogpunt van het materieele recht hierboven behandeld in Dl. I § 35—38. Wel bleek ons daar, dat het formeele recht op het tegenwoordig begrip van exceptie grooten invloed heeft gehad, maar de formeel-rechtelijke zijde van de instelling kan eerst hier in behandeling komen. Die formeel-rechtelijke zijde zou niets bijzonders te bespreken geven, indien niet sommige exceptiën afzonderlijk werden voorgesteld en behandeld. Want voor die met welke dit het geval niet is, geldt hetgeen wij in Dl. II, vooral in § 64, over het verweren en voldingen hebben gezegd. Die afzonderlijke behandeling geeft aanleiding tot bijzondere bepalingen, die wij nader hebben te beschouwen.

De afzonderlijke behandeling heeft ten gevolge dat de exceptiën incidenten doen ontstaan, die aan de incidenteele vorderingen het naast verwant zijn.

Het opwerpen van exceptiën pleegt in een kwaden reuk te staan. Men beschouwt ze dan als uitvluchten van den verweerder om de zaak slepende te houden. Dit zou van chicaneus procedeeren niet veel verschillen. En men duidt dit aan door te spreken van „exceptiënmakerij." Op zich zelve kan eene actie even goed op chicane berusten als eene exceptie. De laatste geeft er echter eer aanleiding toe. Aan actie en exceptie beide moet een wèl gefundeerd recht ten grondslag

liggen, maar uit den aard der zaak kan voor een verdedigingsmiddel de grond lichter voorgewend worden en kan het, ook waar het gegrond is, door den verweerder worden aangewend als een middel om door afmatting van den eischer zich in zijn eigen toestand staande te houden en dien wellicht volstrekt te handhaven, niettegenstaande hij het recht zelf des eischers als gegrond zou moeten erkennen. Dergelijke middelen heeft de eischer niet, die den verweerder uit een bestaanden toestand verdrijven moet. De verweerder zal ook dan misbruik maken van hem overigens wèl toekomende verdedigingsmiddelen, wanneer hij, de een na de ander voorstellende, den eischer op die wijze voortdurend struikelblokken (barres) in den weg legt. Vandaar dat, wanneer het voor eene regelmatige procedure niet oirbaar geacht wordt de voorstelling van alle verdedigingsmiddelen te zamen te bevelen, door den wetgever regels behooren gesteld te worden om orde in de voordracht der exceptiën door den verweerder te doen inachtnemen en het achtereenvolgens afzonderlijk voorstellen van exceptiën alleen toe te laten, wanneer het proces daardoor minder ingewikkeld en zijn regelmatige afloop bevorderd wordt.

Zoo bepaalde art. 88 van de Instructie van het Hof van Holland van 20 Augustus 1531 (Gr. Placcaatboek II, 723): „van nu voortaan sullen de advocaten ende procureurs gehouden wezen alle hare exceptien 't eenemaal te proponeren, ende niet te min onvermindert heure exceptien ten principale heure conclusie nemen, begeerende recht bij ordine, uytgezondert exceptie declinatoir, litis pendentie ofte litis finitie, dewelke zij alleen sullen mogen proponeeren, ende daarin persisteren." En nagenoeg hetzelfde bepaalde art. 178 van de Instructie van den Hoogen Raad van 31 Mei 1581 (Gr. pl. boek II. bl. 815.). Cf. MERULA Lib. IV tit. 40 Cap. 1., v. D. LINDEN Dl. II. bl. 161. De Alg. Manier van 1799 bevat in art. 61 een terugslag op hetgeen bij v. D. LINDEN geleerd wordt. Zij geeft acht gevallen op, waarin alleen exceptieve conclusiën zijn toegelaten en, al had gedaagde andere middelen van niet-ontvankelijkheid, waardoor hij „ontslag van de gedane Daaging" (1799) of „absolutie van de instantie" (1809) kon bekomen, zij werden niet als exceptiën toegelaten (art. 66), terwijl de gedaagde, meer dan eene van die acht exceptiën meenende te hebben, ze alle tegelijk moest voorstellen (art. 62.). Zoo werd de exceptie een formeelrechtelijk begrip, als zijnde het verdedigingsmiddel dat afzonderlijk vooraf mocht worden voorgesteld. Het wetboek van 1809 volgt deze leer in art. 601, 607, 602.

Zoo gaat ook de Civilprozessordnung van het beginsel uit dat exceptiën welke de vraag betreffen of de verweerder in het geheel verplicht is zich met het geding in te laten van de behandeling van de hoofdzaak moeten worden gescheiden en bepaalt zij dat zg. „prozesshindernde Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten" zur Hauptsache moeten worden voorgesteld. Die exceptiën worden beperkt tot de in § 274 onder zeven nommers opgenoemde. Bij de laatste herziening werden er nog een tweetal bijgevoegd. Verg. § 247 (oud).

De Code de pr. bepaalt alleen dat die exceptiën, welke door ons in Dl. I § 36 bl. 322 tot de declinatoire werden gebracht, vooraf moeten worden voorgesteld; dat daarna de dilatoire moeten volgen vóór de défenses au fond en wel gezamenlijk, doch dat wetboek laat zich over de overige exceptiën niet uit. Het sluit alzoo het afzonderlijk voorstellen van dergelijke middelen wel niet uit, maar dit behoeft daarom nog niet te worden toegelaten. Stellig laat de Code ook de vereeniging van die overige toe. De bepalingen komen vrij wel overeen met die der ordonnantie van 1667, Tit. 5. art. 5, Tit. 6—8, Tit. 9 art 1 en 2, waarbij te vergelijken de aant. van JOUSSE. Reeds week het Wetb van 1830 in enkele opzichten van deze bepalingen af, maar de invloed van de bepalingen, die uit onze oudhollandsche procedure in het Wetb. van 1809 overgingen, deed zich vooral bij de herziening van 1837 gevoelen.

Wij kunnen, naar onze wet, (het wetboek van 1838) wel als regel stellen dat alle verdedigingsmiddelen, behoudens uitzonderingen, te zamen moeten worden voorgesteld, al komt dit niet zóó duidelijk in onze bepalingen uit als in die van 1799 en 1809. En bij die exceptiën welke afzonderlijk moeten voorgesteld worden, was soms nog weer vereeniging van die van eene bepaalde soort voorgeschreven, zooals bij de dilatoire, volgens art. 159, (oud) op 't voorbeeld van art. 186 C. de pr. Bij de overige, nl. de peremtoire, eveneens naar art. 160 (oud). — Het gezamenlijk voorstellen van rechtsmiddelen om het herhaaldelijk vervolgen van de tegenpartij te voorkomen, of, zooals v. D. LINDEN I bl. 164 met opzicht tot de verdediging zegt, omdat men anders „dagelijks door conclusiën tot absolutie van de instantie die nu en dan wel eens eene loutere chicane tot grondslag hebben, de processen in longueur zou zien trekken," wordt ook in beginsel toegepast in art. 37 en in art. 248 met onderscheid in de sanctie; voorts in art. 1491 B. W.

Uit dit alles blijkt dat de wetgever, ook die van vroegeren tijd,

er bedacht op is geweest om zooveel mogelijk de middelen van verdediging te gelijk te doen voorbrengen en dat hij wel heeft overwogen de gevallen waarin van dien regel moest worden afgeweken. Zoo is althans voor de afwijking ten opzichte van de als declinatoir beschouwde exceptiën, die nl. welke beoogen dat de rechter voor wien de zaak gebracht werd daarvan geen kennis zal nemen op grond van zijne onbevoegdheid, van litispendentie of connexiteit, een volkomen rationeelen grond aan te voeren. Van de nietigheid van dagvaarding zou hetzelfde gezegd moeten worden, indien het niet nog rationeeler ware te achten eene exceptieve verdediging op dien grond geheel uit te sluiten. Dat de wetgever voorts tusschen de dilatoire en de peremtoire exceptiën onderscheid maakte en de eerste vóór de laatste wilde hebben voorgesteld, heeft alleen eenig bezwaar, indien dit onderscheiden karakter alleen door den naam en niet door eene bepaling door de wet wordt aangewezen. Dat voorts de wetgever de afzonderlijke voorstelling van de exceptiën van gewijsde zaak, van die van dading en van de disqualificatoire, (wellicht te beperken tot de hoedanigheid, welke niet een der grondslagen van het recht zelf uitmaakt) toeliet, is ook op redelijke gronden te rechtvaardigen. Het komt mij dus voor dat, indien al het euvel, waarvan v. d. Linden t. a. p. gewaagt, algemeen in de praktijk was ingeslopen, het van belang ware geweest naar andere middelen om te zien dan in de vereeniging van alle verweermiddelen om dat misbruik te beteugelen. In den misstand, welke uit de zg. procureurswet was ontstaan, zou men kunnen voorzien, en voor verreweg de meeste exceptiën, welker afzonderlijke voorstelling en behandeling door de eischen eener geregelde procesorde wordt gerechtvaardigd, had eene korte behandeling en onmiddellijke beslissing voorgeschreven kunnen worden. Men bedenke, hoe reeds de C. d. pr. omtrent de exceptiën van onbevoegdheid in art. 172 voorschreef dat zij summier beoordeeld zouden worden en dit vooral in verband met wat dat summier behandelen naar den Code oorspronkelijk beteekende. (art. 405.) En al is er in onze wetgeving thans van eene summiere behandeling geen sprake meer, dat die afzonderlijk voorgedragen exceptiën nog wel spoediger afgedaan zouden kunnen worden dan naar de regeling van art. 247 het geval kan zijn, is, dunkt mij, moeilijk te betwisten. Ook vergete men niet dat voor de behandeling dezer zaken eene afwijking van de rol zou moeten worden toegelaten met meer effect dan art. 39 Regl. I dat toelaat, of wel dat voor de behandeling eene afzonderlijke terechtzitting zou moeten

gehouden worden. Want, wanneer men op al die afzonderlijke exceptiën laat pleiten en de pleidooien in de volgorde van de rol op de gewone terechtzitting moeten worden gehouden, dan heeft „de chicane om de processen in longueur te trekken", vrij spel. De president eener rechtbank, die op behoorlijke wijze het hem toekomend gezag weet te doen gelden, kan in 't belang der justiciabelen tot coercitie van onfatsoenlijke praktizijns veel doen. Men verg. over het hier besproken punt mijn adviezen over burgerl. rechtsvordering, Leiden, 1896, bl. 36vv. en de aanteekening over „den tegenwoordigen toestand van de balie" ald. bl. 78vv Dat de vereeniging van alle verweermiddelen bij het onteigeningsproces in de wet van 1851 en bij de procedure in cassatie bij de wet van 1876 streng was toegepast, is om den bijzonderen aard dezer procedures, waarin van verreweg de meeste van voor afzonderlijke behandeling aangewezen exceptiën geen sprake kan zijn en anders chicane verondersteld mag worden, goed te keuren, maar kan de juistheid der in a. 141 thans voorgeschreven vereeniging allerminst rechtvaardigen. Verg. HARTOGH en COSMAN bl. 36. Zie de rede van den heer van ZINNICQ BERGMAN in de Eerste Kamer Handelingen 1895—1896, I bl. 140. Dat de vereeniging in art. 83 van het Wetb. van 1838 zou zijn voorgeschreven berust m. i. op eene onjuiste interpretatie van dit artikel.

Doch wij vinden thans in art. 141 den regel opgenomen dat alle exceptiën met het antwoord moeten worden voorgedragen.

De afwijkingen van dien in art. 141 gestelden regel komen voor in de gevallen hierboven in den tekst vermeld welke nu nog ieder afzonderlijk te bespreken zijn.

a. De exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid valt samen met een verzoek tot vrijwaring. Zij moet dan met dit verzoek worden vereenigd.

Bij de exceptie van onbevoegdheid valt het al zeer duidelijk in het oog dat het weinig rationeel mag heeten, dat een verweerder zijne verdediging op den eisch zelven onderwerpt aan het oordeel van een rechter, dien hij te gelijker tijd tot oordeelen onbevoegd acht, te minder omdat die betrekkelijke onbevoegdheid voornamelijk in het belang van den gedaagde is geregeld en hij dus weinig aan die onbevoegdheid toonende te hechten en ze niet noodig te hebben, niet zonder grond zou mogen geacht worden daarvan af te zien wanneer hij zich niettemin tegelijk op de hoofdzaak verdedigt. Zoo dacht

ook v. d. LINDEN in zijne jud. practijcq I bl. 162—163: „ondertusschen wanneer men eene exceptie heeft, welke op solide gronden berust, is het veel voorzichtiger daarbij te persisteeren dan daarop subordinatelijk te antwoorden; combineert men dan wordt de exceptie teffens met de zaak zelve bepleit. En is dus de Rechter in staat gestelt om de zaak zelve te beslissen, hoe klaar moet dan niet eene primario gesustineerde incompetentie of inappellabiliteit wezen om te kunnen verwachten dat daarop reflextie genomen zal worden." Doch ofschoon het afzonderlijk voorstellen van die exceptie zeker door den wetgever was bedoeld, was het gebruik ingeslopen dat zij met de overige verdediging werd vereenigd. Al werd dit bij de betrekkelijke onbevoegdheid in den regel ook door den rechter goedgevonden, zoo bleven toch met opzicht tot de exceptie van nietigheid, waarschijnlijk om de meer pertinente woorden der wet (art. 93 oud) vele rechtbanken die exceptie voor gedekt houden als zij met andere verdedigingsmiddelen vereenigd werd. Zie daarover de 2[e] druk van dit Deel bl. 133—138. Hoe dit zij, de heer HARTOGH in de Memorie van Toelichting op zijn ontwerp § 6 het gebruik der praktijk besprekende en het als een gebruik der goede praktijk kenmerkende, is van oordeel dat de afzonderlijke voorstelling streng theoretisch te verdedigen zou zijn, doch praktisch af te keuren, omdat de verweerder er daadwerkelijk niet door wordt geschaad, indien hij tegelijk met zijn exceptie ook de zaak au fond voor den eersten rechter heeft gedebatteerd. Het wil mij voorkomen dat „die goede praktijk die zoekt om eenvoudig de zaak tot eene beslissing te brengen," nog beter zich zou gedragen, indien zij, waar zij zich toch op de hoofdzaak verdedigde, van de exceptie in 't geheel geen pleitstof maakte. Voorts zou ik ook liever van „rationeel" dan van „streng theoretisch" hier willen spreken, vooral omdat de praktische zijde der zaak hierin ligt, dat de verweerder wel degelijk kan worden geschaad in 't eigen geval door den heer HARTOGH ondersteld, dat de hoogere rechter den lageren rechter onbevoegd verklaart om over de zaak te oordeelen en deze laatste intusschen toch dienaangaande eene beslissing gegeven heeft. Immers, afgezien van het préjugé dat nu uit die eerste thans overbodig gebleken beslissing kan ontstaan, moet de zaak au fond bij den bevoegden rechter en alzoo licht door andere praktizijns op nieuw behandeld worden. Als nu de behandeling der hoofdzaak niets meer kostte dan de eenvoudige behandeling der exceptie, dan zou de verweerder niet geschaad zijn, maar zal die

behandeling der hoofdzaak bij een van de beide rechters nu niet in rekening worden gebracht? Ik weet niet op welken grond men dit zou mogen verwachten. En zal 't geding nu korter duren? Intusschen zal men nu moeten zien, of de gedingen door dezen maatregel korter en goedkooper zullen worden. Zie v. ROSSEM op art. 141 bl. 223.

Hoe dit alles zij, in verband met een verzoek tot oproeping in vrijwaring won dan de theorie het van de praktijk of liever het oog der praktijk werd niet voor de theorie gesloten en de exceptie van onbevoegdheid zou, dus art. 68, met afwijking van het bepaalde in het tweede lid van art. 141, in de conclusie houdende het verzoek tot oproeping in vrijwaring mogen worden opgenomen, d. i. afgescheiden van de eigenlijke weermiddelen mogen worden voorgesteld. Ja, dit zal zelfs moeten gebeuren, wil de verweerder zich niet van het bewijs op de onbevoegdheid verstoken zien. En terecht! Want stel u voor dat een verweerder van de bevoegdheid om iemand in vrijwaring op te roepen gebruik maakt en daarmede tevens van de bevoegdheid gebruik maakt om dien garant van zijn eigen rechter af te trekken, na dien garant voor den rechter te hebben gebracht, voor welken hij zelf geroepen is en omdat hij voor dezen geroepen is, ging beweren dat die rechter niet bevoegd was en hij derhalve ten onrechte den garant voor denzelfden rechter had geroepen! Het is nu nog wel niet in den haak dat de verweerder tegelijk zoo in strijd met het eigen beweren moet handelen, dat hij den garant moet roepen voor een rechter dien hij voor zich zelven onbevoegd acht, maar zulk een hinken op twee gedachten komt wel meer voor, al moest de wetgever er niet toe dwingen. Zou men, afgezien van deze wettelijke bepaling, den in vrijwaring geroepene geen gelijk geven als hij antwoordde: ik heb er niet tegen om voor uwen rechter te verschijnen, maar hij moet uw bevoegde rechter zijn. Zoolang dat bij uzelven niet vaststaat, kunt gij hem uw rechter niet noemen en zijt gij niet bevoegd hem tot den mijnen te maken.

Doet de verweerder de oproeping in vrijwaring vóór zijn verschijning op de dagvaarding, dan ontbreekt strikt genomen wel de gelegenheid om de exceptie van onbevoegdheid voor te stellen op de wijze als dit, naar art. 68 § 2 wordt veroorloofd, en daardoor zal die exceptie dan tevens gedekt zijn. Of dit aldus zou behooren te zijn is zeker hoogst betwistbaar Maar het maakt niet veel uit omdat die oproeping in vrijwaring vóór den dienenden dag in de praktijk niet gebruikelijk is en in ieder geval door den verweerder, die de

exceptie van onbevoegdheid wil voorstellen, de oproeping in vrijwaring dan maar bij conclusie moet geschieden.

De afwijking van art. 141 in dit geval betreft alleen de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid. Die van volstrekte onbevoegdheid mag wel met de oproeping in vrijwaring worden vereenigd, maar het behoeft niet. Geschiedt het niet, die exceptie wordt niet gedekt, omdat de rechter zelfs ambtshalve deze onbevoegdheid moet toepassen. Art. 68 § 2 j°. 155. Deze onderscheiding tusschen de volstrekte en de betrekkelijke bevoegdheid is zeer rationeel. De volstrekte onbevoegdheid moet, omdat zij is van openbare orde als in verband staande met de inrichting van het gerecht en de plaats die het in de rechterlijke hierarchie inneemt, door den rechter ambtshalve worden toegepast. Hare toepassing is dus niet van den wil des gedaagde afhankelijk en in werkelijkheid vestigt deze, wanneer hij zich op die volstrekte onbevoegdheid beroept, alleen de aandacht des rechters op datgene wat zijn ambtsplicht hem oplegt.

De gedaagde behoeft tot het beroep op de volstrekte bevoegdheid geene bepaalde conclusie te nemen. Hij kan dit evenwel doen en heeft die bevoegdheid in elken stand van het geding; doch tot eene afzonderlijke behandeling komt het niet, tenzij de verweerder zich aan de toepassing van art. 141 § 2 zou willen blootstellen.

De rechter past zijne volstrekte onbevoegdheid ambtshalve niet toe in het geval van art. 157. Want al is de rechtbank volstrekt onbevoegd om te oordeelen over zaken die tot de kennisneming des kantonrechters behooren, doordien de wetgever hem die heeft opgedragen, de wetgever heeft ze daarmede nog eer aan de kennisneming van de rechtbank onttrokken. Deze blijft ook in zijn oog de gewone rechter en wanneer dus partijen aan dien gewonen rechter de voorkeur geven, wanneer de eischer de bij den kantonrechter behoorende zaak bij dien gewonen rechter aanhangig maakt en de verweerder daarin berust door zich op de onbevoegdheid der rechtbank niet te beroepen, dan blijft de rechtbank bevoegd. Nu de verweerder dat beroep op 's rechters onbevoegdheid met zijne verdediging moet vereenigen, zal hij daarmede thans al een heel zonderling figuur maken.

Wat zal rechtens zijn, indien de vordering krachtens overeenkomst van partijen voor scheidsmannen behoort gebracht te worden? De vraag is of wij hier met eene betrekkelijke dan wel met eene volstrekte bevoegdheid te doen hebben. Wordt nu de betrekkelijke bevoegdheid, ten aanzien van den persoon des verweerders, door den

wetgever niet alleen met het oog op de bij de wet ingestelde gerechten geregeld? had hij niet alleen tusschen dezen rechtsmacht te verdeelen? De gedaagde, die zich op de opdracht aan scheidsmannen beroept, beweert niet verplicht te zijn voor den rechter te verschijnen op grond van eene door de wet toegelaten overeenkomst, welke de eischer verplicht is na te komen. De partijen hebben daardoor den rechter onbevoegd gemaakt. Het heeft dus veel van eene volstrekte onbevoegdheid, daar er eene opdracht van rechtsmacht heeft plaats gehad. Maar de opdracht ging van de partijen uit en blijft dus van hen afhankelijk. Daarom is de openbare orde daarin niet betrokken. De Regeering wees daarop ook door in de Mem. v. Toel. art. 155 (oud) toepasselijk te achten v. D. HONERT op § 155 bl. 277. Verg. Ontw. 1865 B. II tit. 1 art. 28 en 29 en de toelichting op het laatste. Het beroep op een opdracht der zaak aan scheidsmannen moet derhalve thans met de verdediging ten principale vereenigd en aan het oordeel des rechters worden onderworpen. Toepassing van dusdanige onbevoegdheid ambtshalve zou dan ook geen zin hebben Immers staat het aan partijen vrij van de door haar gesloten overeenkomst terug te komen. Er is derhalve met de betrekkelijke bevoegdheid volkomen analogie.

Art. 154 geeft den verweerder de bevoegdheid om te vorderen dat de rechter zich onbevoegd verklare. Van eene vordering tegenover den rechter is natuurlijk geen sprake. De verweerder, die zich met zijne exceptie en de conclusie daartoe, d. i. onbevoegdverklaring, strekkende onmiddellijk tot den rechter wendt, concludeert ook hier dat het den rechter behage zich onbevoegd te verklaren. Voor zoover als daarin een vordering tegen den eicher is gelegen, is deze evenwel geen middel van aanval maar alleen van verdediging, afwering. De conclusie: „dat de rechter zich onbevoegd verklare" is voldoende, de bijvoeging: „en partijen verwijze daar en waar het behoort" eene reminiscentie van den Code, die de exceptie van onbevoegdheid bracht tot de renvois en tot die verwerpelijke conclusie aanleiding gaf, doordien hij de bevoegdheid toekende „de demander son renvoi devant les juges compétents," art. 163, wat ook nog in het Wetb. van 1830 art. 131 gezegd werd. De wijziging, welke het art. in 1837 onderging, wordt afdoende gemotiveerd in de memorie van toelichting bij v. D. HONERT op § 155 bl. 276 en v. Zie de goedgestelde formulieren bij v. D. HONERT en HEEMSKERK n°. 70 en bij OUDEMAN I. bl. 379 n°. 58.

b. De exceptie van aanhangig geding en die van verknochtheid.

Dat aan den gedaagde de bevoegdheid is toegekend om in deze beide gevallen te worden ontheven van de verplichting om zich voor den rechter voor welken hij gedaagd werd, op den ingestelden eisch te verdedigen, is zeker voldoende gerechtvaardigd. Bij aanhangig geding zou, naar de eischen die voor het voordragen van deze exceptie gesteld worden, het vonnis in de eene zaak gewezen grond kunnen opleveren om in de andere zaak der exceptie van gewijsde zaak in te roepen. VOET ad Pand. XLIV. 2. n^{0}. 7. Exceptioni rei iudicatae affinis admodum est exceptio litis pendentis; quippe quae toties, et omnibus illis in casibus datur, lite apud alium iudicem pendente, quoties et quibus in casibus lite finita, rei iudicatae exceptioni secundum ante dicta locus est, adeoque inter easdem personas, de eadem re, et ex eadem causa, lis apud alium iudicem iure coepta fuit agitari; cum ubi acceptum est semel iudicium ibi et finem accipere debeat.*) Was de exceptie van aanhangig geding niet gegeven er zouden over dezelfde zaak tusschen dezelfde partijen twee vonnissen kunnen worden gewezen, die wel met elkander in strijd zouden kunnen zijn en waardoor dan beider ten uitvoerlegging onmogelijk zou worden. De exceptie van onbevoegdheid zou hier niet altijd kunnen helpen, terwijl meer dan een rechter bevoegd zou kunnen wezen om van eene zaak kennis te nemen. Bijv.: art. 126 § 10 in zaken van gemengden aard; art. 314 in handelszaken, art. 126 § 7: meer verweerders in onderscheiden arrondissementen worden gezamenlijk gedagvaard zoowel voor den rechter van de woonplaats van den een als van den ander; de exceptie van incompetentie is bij den eersten rechter gedekt. Zie BOITARD I n^{0}. 356.

In geval van verknochtheid, zou ook bij beoordeeling door onderscheiden rechters de overeenstemming der vonnissen gevaar loopen, terwijl de samenvoeging van dergelijke zaken bij denzelfden rechter bovendien tot vereenvoudiging der procedure kan leiden. Zie Dl. I § 51.

Behoeft de gedaagde zich alzoo voor den rechter voor welken hij gedaagd werd, in deze gevallen niet te verdedigen, dan ligt het voor

*) Opmerking verdient, dat terwijl de eischen voor de exceptie van litispendentie dezelfde moeten zijn als voor de exceptie van gewijsde, in art. 1954 B. W. gevorderd wordt: „dat de zaak dezelfde zij, dat de eisch op dezelfde oorzaak berust en door en tegen dezelfde partijen in dezelfde betrekking," hier daarentegen eenvoudig van „dezelfde partijen en hetzelfde onderwerp" wordt gesproken Verg. Dl. II § 76 bl. 316.

de hand dat hij dit ook vooraf moet te kennen geven. Deed hij dit eerst later, zijne woorden waren in strijd met zijne daden. Van daar ook het voorschrift om deze exceptiën, „voor andere weren van rechte of eenige andere verdediging voor te dragen," met uitzondering van de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid. Hier geldt alzoo dezelfde ratio. Toch zou hier een belang tot zekere hoogte van openbare orde, de vermijding nl. van tegenstrijdige uitspraken, een ruimer gebruik kunnen wettigen. Cf. BOITARD I n⁰. 360. CARRÉ Q. 732 en de aant. van CHAUVEAU gelijk in de fransche jurisprudentie en ook in België wordt aangenomen. Zie DE PAEPE Etudes sur la compétence civile Bruxelles 1890 en verg. Rechtsg. Magazijn 1891 bl. 228. CRÉPON aangehaald in Dl V bl. 187.

Bij deze exceptiën is evenwel de conclusie tot verwijzing naar den anderen rechter een noodzakelijk gevolg van den grond waarop de exceptie steunt. Daarbij moet toch de rechter voor wien de zaak reeds aanhangig is of bij wien aanhangig is het geschil waaraan de zaak verknocht is, bepaald worden aangewezen.

De aanhangigheid der zaak is hier duidelijk en terecht van het uitbrengen der dagvaarding afhankelijk gesteld. Verg. Dl. II bl. 84. Zie ook DE PAEPE n⁰. 27 p. 300.

De exceptiën van litispendentie en van connexiteit, zijn aan die van onbevoegdheid des rechters na verwant. De naar algemeene regelen omtrent de bevoegdheid bevoegde rechter wordt hier door de wet onbevoegd verklaard omdat de zaak bij een anderen rechter reeds aanhangig is en deze daarover nu met uitsluiting van anderen moet oordeelen. Tegenstrijdige vonnissen krachtens hetzelfde gezag in dezelfde zaak tusschen dezelfde partijen brengen onzekerheid in den toestand van de partijen in de plaats van die rechstzekerheid welke de rechtspraak bestemd is te geven. Daarom moet de verweerder de bevoegdheid hebben om te vorderen dat de eischer van de door hem ingestelde vordering afzie en dat hij verwezen worde naar den rechter voor wien de zaak reeds hangende is om voor dezen te procedeeren en zich daartoe te bepalen. De rechter voor wien hij de zaak aanhangig maakte is onbevoegd geworden om daarover te oordeelen door de aanhangigheid van de zaak bij een anderen rechter, die dientengevolge uitsluitend bevoegd is. De exceptie van verknochtheid heeft gelijken grond en dezelfde strekking. Ook hier wordt de rechter voor wien de verknochte zaak aanhangig is, bevoegd gemaakt om met uitsluiting van een ander, bij wien daarna eene aan de eerste zaak verknochte

wordt aanhangig gemaakt en ofschoon deze in 't algemeen tot oordeelen daarover bevoegd was, tot dat oordeel onbevoegd gemaakt. Wel heeft men hier niet eene tegenstrijdige beslissing over dezelfde zaak te vreezen, maar wijl het oordeel over de eene zaak beslissend kan zijn met opzicht van dat over de andere, wil de wetgever denzelfden rechter doen beslissen en maakt hij den rechter, bij wien de eerste zaak aanhangig werd gemaakt, met uitsluiting van andere ook over de tweede bevoegd. Het onderscheid tusschen de positie des eischers bij toewijzing der exceptie van litispendentie en die van connexiteit bestaat hierin, dat in het eerste geval de door hem aangevangen instantie vervalt, zoodat hij daarvan moet afzien, in het tweede de instantie in het algemeen wel gehandhaafd wordt, doch door hem indien hij haar wil voortzetten bij den anderen rechter moet worden overgebracht; bij dezen zal hij moeten voortprocedeeren, bij den ander mag hij het niet. En bij onbevoegdheid èn bij litispendentie en connexiteit heeft er dus eene verwijzing naar een anderen rechter plaats. In geval van onbevoegdheid naar dien bij welken de zaak naar de wet behoort en dien de afgewezen eischer nu zelf moet uitvinden, bij de litispendentie en connexiteit naar een bepaald in het vonnis aan te wijzen rechter nl. dengene voor wien de zaak reeds aanhangig is of voor wien eene verknochte zaak was aangebracht. Van daar dat deze drie exceptiën in den franschen Code in § II van den titel over de exceptiën onder de benaming van R e n v o i s waren saamgevoegd. Onze wetgever liet niet alleen dit formeel verband varen, maar onderscheidde ook wat betreft de beslissing des rechters in dien zin dat deze bij onbevoegdheid zich eenvoudig onbevoegd verklaarde, omdat hij naar een bepaalden rechter niet te verwijzen heeft en die verwijzing dus geheel overbodig is, terwijl bij litispendentie en connexiteit waarvan onbevoegdheid alleen gevolg is, de verwijzing het hoofddoel der exceptiën is. Uit het gezegde is het duidelijk dat het beroep op aanhangigheid en verknochtheid evenals dat op onbevoegdheid tot de exceptieve verdedigingsmiddelen behoort, gelijk zij dan ook in de leer der exceptiën altijd daartoe gebracht zijn geworden.

Wanneer dan nu bepaald wordt dat deze middelen vóór alle weren moeten worden voorgedragen (art. 158, 159) dan meen ik recht te hebben om te stellen, gelijk ik dit deed in den tekst, dat daarbij van den in art. 141 gestelden regel wordt afgeweken. Dat wordt evenwel door de HH. HARTOGH en COSMAN ontkend. Volgens hen heeft men hier niet te doen met exceptiën en derhalve ook niet met

exceptiën van onbevoegdheid in ruimeren zin en van uitzondering op art. 141 mag geen sprake zijn. De Heer HARTOGH stelde ze in zijn Mem. v. Antw. op het Verslag der Eerste Kamer met de vrijwaring gelijk, hij meende zelfs dat het bij deze middelen evenals bij de vrijwaring alleen te doen zou zijn om twee gedingen te vereenigen. Hij vergat dat de oproeping in vrijwaring het karakter van een exceptief middel mist, dat bij de litispendentie allerminst van vereeniging van twee gedingen sprake is, dat bij de oproeping in vrijwaring de verweerder van eene hem en voor hem toegekende bevoegdheid gebruik maakt, waarover de eischer alleen in zoover gekend wordt dat hij niet door een onrechtmatig gebruik maken van die bevoegdheid eene belemmering in de vervolging van zijn recht behoeft toe te laten, terwijl bij litispendentie en connexiteit de verweerder verlangt dat de eischer met zijne instantie worde afgewezen en bij connexiteit die bij een anderen rechter overbrenge. Dat is heel wat anders dan wat ten slotte door de HH. HARTOGH en COSMAN bl. 60 wordt opgemerkt dat deze middelen „betreffen een voorloopig verzoek, of om een term aan de strafvordering te ontleenen een soort van praejudicieel geschil, betreffende regeling van de procesorde". Dus een voorloopig verzoek. Om dit te doen uitkomen schijnt wel het opschrift van de derde afdeeling veranderd te zijn, als om te kennen te geven dat nu alles wat in die afdeeling behandeld wordt voorloopige verzoeken zijn en al is er nu geen systematische volgorde meer in de reeks der bepalingen, dat komt er minder op aan. *) Voorts kan men uit de wijziging van 't vroeger art. 158, waarin gezegd werd dat deze middelen „alvorens eenige andere weren voor te dragen" moesten worden voorgesteld, terwijl nu eenvoudig van vóór alle weren gesproken wordt, afleiden dat deze middelen geene weren geacht worden te zijn. Alzoo dan een voorloopig verzoek. Maar wat is dat op 't gebied der burgerlijke rechtsvordering? Het voorbeeld aan de strafvordering ontleend bewijst alleen dat we hier met iets geheel anders te doen hebben. Een voorloopig verzoek is niet anders dan een vorm, maar wanneer wij naar 't karakter van zijn inhoud vragen? Dan is dat andere voorloopig verzoek, betreffende de zekerheidstelling, eene rechtsvordering, eene actie en het daaraan toegekende gevolg dat de verweerder door die actie in te stellen voorloopig zich

(* N.B. Deze wijziging wordt echter bij de aanhaling van het opschrift in art. 125 en 353 niet in acht genomen. Zie echter bl. 151.

niet behoeft te verweren zonder daarom van de instantie ontslagen te worden; niet de benaming van voorloopig verzoek alleen sluit de hoedanigheid van exceptie uit. Daarentegen is de inhoud van deze verzoeken op grond van litispendentie en connexiteit niet anders te qualificeeren dan als die van eene exceptie zooals ik dat hierboven aanwees. Al bevat de wet nu aanwijzingen dat de steller van de artikelen dit niet wilde en al beweren de HH. HARTOGH en COSMAN dat „zooveel naar de wet van 1896 vaststaat dat deze hun een eigenaardige plaats in ons procesrecht heeft toegekend, welke door hem die ze aanwendt zal moeten worden geëerbiedigd," (bl. 61), hij die tot aanwending geroepen is heeft aan „die eigenaardige plaats," niets als de aanwijzing van het karakter der middelen ontbreekt. En dat kan men uit hetgeen daarom ter toelichting werd gezegd allerminst opmaken, aangezien verwarring van begrippen daaruit alleen duidelijk is. Alleen staat dit vast dat men de litispendentie en de connexiteit niet meer tot de categorie van de exceptiën van onbevoegdheid mag brengen, al houdt deze beschouwing theoretisch, of wil men wetenschappelijk, hare waarde. Voor de praktische toepassing der wet houd ik overigens de vraag, of we hier met een uitzondering op art. 141 te doen hebben van weinig beteekenis. Eene praktische zwarigheid zou slechts kunnen ontstaan indien de verweerder die zich op de litispendentie of connexiteit zou willen beroepen tevens een oproeping tot vrijwaring in den zin had. Op beide moet hij zich beroepen voor alle weren art. 68 § 1 en 158 § 1 a. h. e. Moet nu 't beroep op litispendentie of connexiteit aan het verzoek tot oproeping en vrijwaring voorafgaan of andersom? Mij dunkt geen van beide. Men moet die middelen vereenigen en zoo wordt hier als van zelf de litis pendentie en connexiteit weder als de exceptie van onbevoegdheid behandeld. „Naturam expellas furca, tamen usque recurret." Toch zal een verweerder die met de oproeping in vrijwaring opkomt en daarna zich op litispendentie beroept, geen niet-ontvankelijkheid kunnen worden tegengeworpen. Want vermits de oproeping in vrijwaring niet tot de weren behoort, wordt dan nog altijd op de litispendentie vóór alle weren een beroep gedaan en dat de litispendentie met de oproeping in vrijwaring had moeten worden vereenigd, zou alleen beweerd kunnen worden, indien naar de wet, ook thans nog gelijk vroeger, de litispendentie als een onbevoegdheid kon worden beschouwd. Het lijkt wel een onnoodig splitsen, en niet zeer consequent maar lex ita scripta.

Art. 159, dat nieuw is, bepaalt dat ingeval voor denzelfden rechter

tusschen dezelfde personen en over hetzelfde onderwerp of voor denzelfden rechter verknochte zaken aanhangig zijn, kan daarvan voeging worden gevraagd. Voor 't geval van connexiteit eene beslissing van een wel twijfelachtig maar in de jurisprudentie in denzelfden zin uitgemaakt punt. Zie Ontw. 1865 B. II tit. I art. 31. en Dl. I, 3[de] druk bl. 430. Eene regeling als die van het fr. decreet van 30 Maart 1808 art. 59 verg. art. 36 § 2 Regl. I. zou hier nog eenvoudiger zijn. — Maar wat wil men voegen bij litispendentie? De bepaling is op dit punt gesteld in de richting van de dwaling waarin de heer HARTOGH verkeerde en waartoe betrekking heeft mijne opmerking in Adviezen bl. 38.

Opmerking verdient dat de bevoegdheid om verwijzing naar een anderen rechter te vragen of voeging bij denzelfden rechter niet alleen aan den verweerder is toegekend, maar in art. 158 (nieuw) en 159 (nieuw) ook aan den eischer toegekend wordt. Bij litis pendentie zou ik zeggen staat het dwaas dat de eischer die een geding aanbracht niettegenstaande het reeds bij een anderen rechter aanhangig was, verwijzing naar dien rechter vragen mag. Hij zou onthouding van de kennisneming der bij den anderen rechter aangebrachte zaak moeten vragen. Verwijzen naar den rechter die reeds van dezelfde zaak gesaisisseerd is, is onzin. Maar dewijl de eischer dit moet doen (art. 158 § 2) bij de conclusie van eisch, alzoo vóór het antwoord, helpt hij zich op de rationeelste wijze door afstand van den verkeerdelijk door hem gedanen aanleg te doen. Ik zie niet in dat dit middel hem in dit geval ontzegd zou zijn.

De uitbreiding van art. 135 W. 1830 = art. 171 C. d. pr. tot scheidsmannen ware zeker bij de exceptie van aanhangig geding goed te keuren, indien niet reeds de exceptie van onbevoegdheid kon geacht worden in dit geval te voorzien, wat de Regeering volhield bij de behandeling van art. 155 (zie bij v. D. HONERT op § 155 a. h. e.), Iets anders ware het, indien, zooals de aanvulling van art 158 in 1837 aanvankelijk luidde, de exceptie van litispendentie ware toe gekend voor het geval de zaàk door dezelfde personen en over het zelfde onderwerp aan scheidsmannen ware opgedragen, wat de Regeering later terecht begreep dat het geschil niet bij scheidsmannen aanhangig maakte.*)

*) Men schreef dit waarschijnlijk na uit V. D. LINDEN I bl 161 die eenvoudig vermeldt exceptie van submissie of verblijf aan Arbiters die de natuur volgt van litispendentie, terwijl ook het daar aangeh. art. 10 der Ampl. Instr. Hof v. Holland wel zegt „dat onder de exceptie van litispendentie mede begrepen of verstaan zal worden submissie absolute, ofte penale aan Arbiters ofte goede Mannen, zoo wanneer daarvan bij publycque instrumenten ofte d'eygen hant van parthije blijken sal" maar klaarblijkelijk bedoelt dat het geding bij Arbiters hangende is krachtens acte, enz.

Terwijl nu deze bijvoeging had moeten doen inzien, dat men ook met het oog op dit laatste geval aan de exceptie van onbevoegdheid genoeg had, meende de Regeering vreemd genoeg door de inlassching der woorden „en voor dezelve aanhangig zijn" na: „aan scheidsmannen zijn opgedragen" te voldoen aan eene aanmerking van de derde afdeeling, die van oordeel was, dat de exceptie van verknochtheid niet moest zijn toegelaten in geval de gedaagde beweerde dat het geschil verknocht is aan een geschil voor scheidsmannen aanhangig, aangezien „de scheidsmannen niet verplicht waren zoodanige verwezene zaak aan te nemen." En die afdeeling oordeelde juist; want, indien het voor den rechter gebrachte geschil hun niet door partijen ter beslissing is opgedragen, kan zijne verknochtheid aan de hun opgedragen zaak, hen niet tot hare beslissing bevoegd maken. Zij zijn niet alleen niet verplicht, maar zelfs onbevoegd die kennisneming op verwijzing door den rechter, welke hij zij, te aanvaarden. Dit bezwaar tegen onze bepaling is ook den Ontwerper van 1865 ontsnapt. Zie B. II. tit. 1 art. 30. Het komt mij voor dat de uitbreiding aan art. 171 C. d. pr. gegeven met opzicht tot de litispendentie overbodig is, al schijnt zij ontleend aan art. 61*c* Alg. Man. 1799 en art. 601*c*. Wetb. 1809 die wederom steunen op de vroegere praktijk volgens Ampl. Instructie van het Hof van 21 December 1579 (Gr. Pl. boek II 767) art. 10; v. D. LINDEN I bl. 161. Bij de franschen schijnt daaraan blijkens schrijvers en jurisprudentie geen behoefte te zijn gevoeld. Met opzicht tot connexiteit acht ik de uitbreiding ongepast. Een voorbeeld vind ik daarvoor niet. Zou de gissing gewaagd zijn, dat de vereeniging van litispendentie en connexiteit in dezelfde bepaling de aanleiding tot deze laatste uitbreiding van het artikel geweest is?

Dus schreef ik in den 2den druk (bl. 125 v.) naar aanleiding van art. 158 (oud). Of nu de exceptie van litispendentie een voorloopig verzoek zij geworden en daardoor hare qualiteit van exceptie hebbe verloren, ook het voorloopig verzoek blijf ik overbodig achten voor het geval dat eene zaak voor den rechter wordt gebracht die bij scheidsmannen krachtens opdracht van partijen aanhangig is gemaakt. Immers reeds door de opdracht is de bevoegdheid des rechters uitgesloten en kan derhalve de verweerder de kennisneming des rechters uitsluiten door zich op diens onbevoegdheid te beroepen. Nu hem evenwel de bevoegdheid gegeven is om bij voorloopig verzoek verwijzing te vragen naar de benoemde scheidsmannen, indien de zaak reeds bij hen aanhangig gemaakt is, wel te verstaan verwijzing van den eischer

om in de bij die scheidsmannen aanhangige zaak te procedeeren, niet echter de verwijzing van zijne bij den rechter aangebrachte zaak, kan het beroep op de litispendentie beter tot zijn recht komen dan, wanneer het, zooals met het beroep op onbevoegdheid het geval zou zijn, met de behandeling der hoofdzaak werd vereenigd. — Het beroep op connexiteit om de zaak naar de daaraan verknochte en bij scheidsmannen aanhangig te verwijzen acht ik even ongepast als wanneer dit bij exceptie naar art. 158 (oud) geschiedde.

Onder de declinatoire exceptiën bracht ik o. a. de exceptie van nietigheid der dagvaarding welke de gedaagde, evenals die van onbevoegdheid van litispendentie en connexiteit, naar art. 93 oud voor alle weren en exceptiën moest voorstellen. Ook met opzicht tot de nietigheid is deze bepaling door art. 141 § 3 vervallen. Deze exceptie, het beroep op de nietigheid, zal nu met andere verweermiddelen moeten worden vereenigd. Intusschen is de bepaling behouden dat indien de gedaagde de nietigheid van het exploit inroept, die rechter de exceptie kan verwerpen, wanneer het verzuim of de overtreding van dien aard wordt bevonden, dat de gedaagde daardoor in zijne verdediging niet is benadeeld en alzoo geen belang heeft zich van de nietigheid te bedienen, terwijl de rechter in die gevallen, zoo daartoe gronden zijn, de aanvulling van het verzuim of de verbetering der onregelmatigheden ten koste van den aanlegger kan bevelen. Nu wil het mij voorkomen dat, had men aan iedere exceptie in 't bijzonder de noodige aandacht geschonken, men hier althans eene meer deugdelijke voorziening had kunnen maken. „De wet van 1896 scheert alle exceptiën over éene kam" zeggen de H. H. HARTOGH en COSMAN bl. 60. Dit had zij niet moeten doen, door eenvoudig als regel aan te nemen dat exceptiën afzonderlijk voorgesteld niet anders dan obstructiemiddelen zijn, waartegen maar één afdoend middel n. l vereeniging van alle weermiddelen gegeven zou zijn. Waar toch verbetering van het exploit noodig kan zijn, onderstelt de wet dat dit voor de behoorlijke verdediging noodig is en nu zal een verweerder die beweert dat het exploit geen goeden grondslag voor zijne verdediging uitmaakt, zich toch al dadelijk moeten verdedigen, wil hij niet gevaar loopen van die verdediging vervallen verklaard te worden!

Naar mijne meening had men gerustelijk elk beroep op nietigheid van de dagvaarding kunnen doen vervallen. Immers de gedaagde die op die dagvaarding verschijnt, toont met der daad, dat welke haar gebreken moge zijn, deze in dit bijzonder geval hem niet beletten

daarop te verschijnen en dat derhalve de in het algemeen tot dat doel voorgeschreven formaliteiten hier niet noodig blijken geweest te zijn. Verbetering is dan ook in dit geval niet noodig te achten Intusschen blijft dan nog de mogelijkheid bestaan dat het exploit nietig is, als niet voldoende aan art. 5 n°. 3. De eisch is daarin niet behoorlijk geformuleerd z. g. „exceptio obscuri libelli." De gedaagde zal dien tengevolge beweren dat hij zich op dien aldus geformuleerden eisch niet verdedigen kon; zal hij het nu toch moeten doen? En als de rechter de exceptie verwerpende en het exploit verbeterende. den verweerder met der daad geen gelijk geven? en zal hij haar dan meteen het antwoord ten principale moeten ontzeggen omdat zij dit niet heeft vereenigd met de exceptie terwijl zij het niet behoorlijk kon doen? De gedaagde zal m. i. naar de nieuwe wet verstandig handelen om zich niet op de nietigheid te beroepen, maar de verwering tegen den eisch als niet behoorlijk geformuleerd zóó moeten inrichten, dat zij als eene peremtoire exceptie met eene verdediging ten principale gelijkstaande, de verdediging ten principale kan doen behouden, voor 't geval de eischer binnen de grenzen van art. 134 de noodige wijziging in de primitieve formuleering van den eisch maakte. Mocht de gedaagde door den rechter in 't ongelijk gesteld worden, dan heeft de gedaagde alsnog de bevoegdheid om hare principale vordering tegen den eisch, zooals die door den rechter als duidelijk geformuleerd werd aangewezen, in te brengen. Wilde men evenwel de nietigheid van het exploit op grond van den libellus obscurus behouden hebben, dan ware 't rationeel dat de wetgever dit punt vooraf summier deed uitmaken en tevens de overige nietigheden voor den verschijnenden gedaagde deed vervallen.

c. De dilatoire exceptie van beraad. Voor het begrip van dilatoire exceptie verwijs ik naar Dl. I § 36 bl. 286.

Men houde in het oog dat niet iedere weer, die tot uitstel van het onderzoek van de ingestelde vordering aanleiding kan geven, of zoodanig uitstel ten gevolge kan hebben, tot de dilatoire exceptiën kan gebracht worden. Ook niet al werden ze dikwijls gebruikt om uitstel te verkrijgen. De verwijdering van de vordering tot zekerheidstelling, van de vrijwaring en van de mededeeling van stukken uit den titel of afdeeling over de exceptiën in onze wet in vergelijking met den Code de proc. wijst daarop, vooral in verband met het verschil van gevoelen onder de fransche rechtsgeleerden. De tijdelijke

afwijzing van den eisch moet de strekking zijn welke de aard van het verdedigingsmiddel medebrengt, zonder dat daarbij op de bijkomende bedoeling van den gedaagde gelet wordt.

Het voorschrift van art. 159 (oud) dat de gedaagde de dilatoire exceptiën gezamenlijk moet voorstellen wilde misbruik van de zijde des verweerders en vermenigvuldiging van procedures voor den eischer voorkomen. Hier werd dus weder de stilzwijgend aangenomen regel toegepast dat alle verdedigingsmiddelen te zamen moeten voorgesteld worden. Bij de herziening van 1896 werd van den in art. 141 vastgestelden regel, dat alle exceptiën en het antwoord ten principale tegelijk moeten worden voorgedragen, het gevolg, dat ook de dilatoire exceptiën met het antwoord ten principale moeten worden vereenigd op straffe van verval van de niet voorgedragene exceptiën en wanneer met de dilatoire exceptie het antwoord ten principale niet wordt vereenigd, vervalt ook de bevoegdheid tot de verdediging ten principale althans in eersten aanleg. Doch indien de verweerder in eersten aanleg bij de dilatoire exceptie persisteerde en daarop in het ongelijk wordt gesteld, zal hij in hooger beroep zich ook ten principale kunnen verdedigen. Zie art. 348 in de woorden „waaronder niet begrepen is het geval", enz.

Toch maakt de wetgever voor ééne dilatoire exceptie eene uitzondering. Bij uitzondering kunnen niettemin (volgens art. 141 § 3) erfgenamen, als dilatoire exceptie voordragen dat zij nog zijn in termen van beraad over de aanvaarding der erfenis; weduwen en vrouwen, na ontbinding van het huwelijk, scheiding van tafel en bed of scheiding van goederen, dat zij nog zijn in termen van beraad omtrent den afstand van de gemeenschap. Zij kunnen dus aanvankelijk volstaan met die exceptie voor te dragen, of, zooals men dit in de praktijk noemt, bij die exceptie persisteeren. In termen van beraad over afstand van gemeenschap kunnen ook zijn de erfgenamen van de vrouw hetzij dat zij de door haar reeds verkregen of de haar in de eerste plaats toegekende bevoegdheid uitoefenen, artt. 189 en 193 B. W. Ons artikel laat de toepassing op de erfgenamen der vrouw door zijne algemeen gestelde bewoordingen toe, welke toepassing door de ratio van het artikel bevestigd wordt. De voor den afstand der gemeenschap gestelde termijn is kort genoeg, dat de eischer den afloop daarvan in den regel wel zal kunnen afwachten. De termijn van beraad, welks aanvang van den erfgenaam afhangt, die in zich zelf langer is en door den rechter verlengd kan worden (art. 1071, 1072 B. W.) zal eerder aanleiding geven,

dat de eischer het verloop daarvan niet afwacht; vooral omdat hij door zijn eisch in te stellen het gebruik maken van den termijn kan bespoedigen krachtens art. 1074. Art. 141 § 2 is het onmiddellijk uitvloeisel van de bepaling van art. 1072 B. W. volgens welke de erfgenaam die zich beraadt, gedurende den hem toegekenden termijn niet kan genoodzaakt worden de hoedanigheid van erfgenaam aan te nemen, — of liever, dewijl hij door den dood des erflaters van rechtswege die hoedanigheid verkrijgt, — zich als erfgenaam te gedragen, zoodat geen vonnis tegen hem verkregen kan worden. Maakt de erfgenaam van dit hem door de wet toegekende recht gebruik, dan is het natuurlijk gevolg dat de tegen hem ingestelde vordering voor alsnog moet worden afgewezen en de eischer daarin niet-ontvankelijk verklaard.

Het middel voldoet dus geheel aan het begrip eener exceptie, hetwelk in art. 141 § 2 als bekend wordt verondersteld, al is de qualificatie van dilatoire exceptie welke art. 159 § 2 (oud) aan dit middel gaf, niet in art. 141 § 3 overgenomen om welke reden dan ook. Zeker is het dat het niet geschiedde om het begrip van exceptie weg te cijferen; het middel wordt trouwens in art. 411 eene exceptie genoemd; en de HH. HARTOGH en COSMAN zijn zelfs van oordeel dat de wetenschap en de rechtspraak bij het zoeken naar het juiste begrip de oude artt. 159 eerste lid (waarom dan ook niet het tweede?) en art. 160 (oud) niet uit het oog zullen worden verloren.

Wanneer men in het oog houdt, dat in art. 141 § 3 voor den erfgenaam het middel wordt aangewezen, waardoor hij van de hem in art. 1072 B. W. toegekende bevoegdheid gebruikt maakt, dan spreekt het van zelf dat aan eene toepassing daarvan door den rechter ambtshalve niet mag worden gedacht en dat men dan ook geen recht heeft om met DIEPHUIS Systeem, IX bl. 18 te zeggen, dat art. 1072 „zich in die algemeenheid niet laat volhouden." Want „kan niet worden verkregen," onderstelt duidelijk genoeg „indien hij 't niet wil." Immers kan hij niet worden genoodzaakt de hoedanigheid van erfgenaam aan te nemen, wat wel het geval zou zijn indien hij zich in 't geding moest inlaten. Maar dan moet hij ook, om te toonen dat hij zich werkelijk beraadt en dus nog niet weet of hij erfgenaam wil zijn, door zijn beroep daarop toonen dat het hem met dat beraden ernst is, m. a. w. dat hij het werkelijk doet. Voorts vloeit uit het verband van de bepaling van het Wetb. van burg. rechtsvordering met die van het materieele recht voort, dat van de in het Burgerl. Wetboek

toegekende bevoegdheid door het voordragen van eene exceptie wordt gebruik gemaakt.

Onze wet zegt wel niet meer als in 1838: „zij kunnen volstaan met als dilatoire exceptie voor te dragen," maar hij stelt de bevoegdheid om van het middel op aangegeven wijze gebruik te maken voor als eene uitzondering op den regel dat alle exceptiën en het antwoord ten principale moeten worden vereenigd en als hij dit uitdrukt met de woorden, dat de verwering zich tot een beroep op beraad zal kunnen bepalen, dan moet daaruit volgen dat noch andere exceptiën noch antwoord ten principale daarmede behoeven vereenigd te worden. Nu is het, hoe weinig vast het begrip van exceptie moge zijn, toch zonneklaar dat deze verwering geen antwoord ten principale is en daarom wel eene exceptie moet zijn. Het middel moet dan ook het, uit het als bekend vooronderstelde begrip van exceptie met name van dilatoire exceptie voortvloeiende, gevolg hebben, dat ik zoo straks aanwees. Met dat karakter van dilatoire exceptie is niet overeen te brengen dat het proces aanhangig blijft en eenvoudig blijft rusten tot dat de tijd van beraad zal zijn afgeloopen, gelijk DIEPHUIS t. a. p. meent. Dan zou de exceptie een uitstel om voort te procedeeren, eene schorsing van het proces, ten gevolge hebben, terwijl zij altijd beoogt een ontslag van de procedure, zoo niet voor alsnog zelfs van den eisch; voorts zou er eene schorsing van het geding plaats hebben buiten de gevallen in de wet voorzien. Het gezag der fransche schrijvers, waarop DIEPHUIS zich beroept, kan hier niet afdoen, omdat aan den Code de pr. een artikel als ons art. 141 § 3 ontbreekt. V. D. HONERT Formulierboek n°. 72 en OUDEMAN formulier n°. 60 volgen m. i. dan ook ten onrechte de fransche formulieren (zie CHAUVEAU en GLANDAZ n°. 52) als zij in dit geval doen concludeeren tot schorsing of stateering van het geding. V. D. HONERT leidt deze bijzondere eigenschap van de dilatoire exceptie in dit geval af uit art. 1071, 1072 B. W., maar ik meen dat het processueel gevolg van de daar toegekende bevoegdheid bepaald wordt door het middel dat tot het doen gelden van die bevoegdheid in B. R. wordt toegekend. Het proces zou ook wel wat zonderling in de lucht blijven hangen, wanneer de erfgenaam, na termijn van beraad, verklaarde te verwerpen. Dit alleen zal men op grond van art. 2029 B. W. moeten aannemen, dat de niet-ontvankelijkheid in dit geval de stuiting der verjaring niet opheft, wat anders art. 2018 in het algemeen schijnt te willen.

De wet zegt dat de erfgenamen enz. hunne verwering tot een beroep op het beraad kunnen bepalen. Zij geeft dus de bevoegd-

heid om dit te doen. Maar die bevoegdheid is het gevolg daarvan dat zij gedurende hun beraad niet genoodzaakt kunnen worden de hoedanigheid van erfgenaam aan te nemen en dat daarom geen gerechtelijke veroordeeling tegen hen kan worden verkregen. Zij zouden zich daaraan blootstellen, indien zij andere verweermiddelen met dit beroep op beraad vereenigden, of zelfs middelen die vóór alle weren moeten worden voorgedragen als vrijwaring of exceptiën van litispendentie of connexiteit, vóór deze exceptiën van beraad aanvoerden. Want zij liepen gevaar daardoor beschouwd te worden als de hoedanigheid van erfgenaam te hebben aangenomen. Verg. Dl V. bl. 187. De HH. HARTOGH en COSMAN op art. 141 a. h. e. bl. 63 leiden uit het woord kunnen af, dat de verweerder gerechtigd is zijne exceptieve en principale verwering met het beroep op beraad te vereenigen. De straf van verval is hier wel niet, als in art. 411 voor de procedure in cassatie, daarbij gevoegd; maar al staat dit er hier niet bij, het artikel stemt in dit opzicht met art. 159 § 2 (oud) geheel overeen. En evenmin nu als in dat artikel wordt in art. 141 § 3 uitgemaakt de vraag, of, bij niet gebruik maken van de bevoegdheid, de hoedanigheid van erfgenaam is aangenomen en dus de bevoegdheid tot beraad en daarmede de exceptie vanzelf moet vervallen of niet-ontvankelijk worden. Ik vat het artikel in dezen zin op dat de bevoegheid wordt toegekend omdat de erfgenaam anders genoodzaakt zou zijn die hoedanigheid aan te nemen en hij dan aan de exceptie niets zou hebben. Om de hoedanigheid van erfgenaam niet te verwerken, mag hij zich niet als zoodanig gedragen; dit zou hij doen wanneer hij zich in het geding inliet en daarom moet hij zich tot de exceptie bepalen. Hem moet daartoe de bevoegdheid gegeven worden (kunnen) omdat de regel is dat die exceptie als de anderen met de overige en met het antwoord vereenigd zou moeten worden. Het gevoelen van de HH. HARTOGH en COSMAN is niet eene interpretatie van het nieuwe art. 141 § 3, maar van het in dit opzicht overeenstemmend art. 159 § 2 (oud). Naar mijne opvatting bestaat er ook overeenstemming tusschen art. 411 en 143 in bepalingen die, al luiden de woorden anders, op hetzelfde beginsel berusten.

Voor de peremtoire exceptiën gold in het W. 1838 weder de regel: niet afzonderlijk, maar met het antwoord ten principale. Uitzondering maakte de wetgever alleen voor de drie in art. 160 (oud) genoemde. Het zijn dezelfde die als exceptiën van litisfinitie, volgens art. 88 van de

Instructie van het Hof en art. 10 van de Ampl. instructie, vooraf mochten worden voorgesteld, en zoo worden ze ook als voorwerp van exeptieve conclusiën toegelaten, in art. 61 *d*, *e*, *g* en *h* van Alg. Man. 1799 en art. 601 *d*, *e*, *g* en *h* van Wetb. 1809. Terwijl de Code niets omtrent peremtoire exceptiën bepaalt en daaruit mag worden afgeleid dat eene afzonderlijke voorstelling daarvan niet behoeft te worden toegelaten, bepaalde onze wetgever in 1830, art. 138, dat alle peremtoire exceptiën tegelijk met het antwoord moeten worden voorgesteld en bestreed de Regeering den wensch om daarop uitzonderingen toe te laten met de opmerking, dat de partijen niet moeten worden blootgesteld dat de procedures in het oneindige worden gerekt Bij de beraadslaging werd de straks bedoelde wensch in 't bijzonder ontwikkeld door den Heer BEELAERTS VAN BLOKLAND (NOORDZIEK Gesch. der beraadsl. Burg. Rechtsv. I (1827—28) 1e ged. bl. 104 jo. 89, 2e ged. bl. 499 op art. 21; bl. 519 op art. 21; bl. 547), doch daaraan werd eerst gevolg gegeven bij de herziening in 1837. Toen heette het ook weêr dat men meende niet verder te kunnen gaan dan die drie exceptiën „om niet aan allerlei captieuse verdedigingen en vermenigvuldiging van processen eene wijde deur open te zetten," v. D. HONERT op § 160 bl. 281.

Het ontwerp van 1865 behield de bepaling in art. 33 a. h. e. en aan de wenschelijkheid van het behoud der drie uitzonderingen twijfelde de Ontwerper niet.

Naar de bepaling van art. 141 § 3 moeten alle exceptiën, peremtoire evenals dilatoire of declinatoire, met het antwoord ten principale vereenigd worden. Geen uitzonderingen als van art. 160 (oud) worden daarop toegelaten. En het gevolg van het persisteeren bij de eene of andere exceptie? In overeenstemming met de nieuwe regeling antwoordden de H. H. HARTOGH EN COSMAN bl. 57: „ten aanzien van exceptieve verweringen is de conclusie van antwoord volstrekt beslissend. Komen zij in haar niet voor, dan zijn zij voor goed van de baan, en is in haar b.v. slechts ééne voorgedragen, dan is met alle anderen voor goed afgerekend — ook in hooger beroep. Eene enkele verwering ten gronde, in de conclusie van antwoord opgenomen, opent den weg niet alléén tot hare nadere toelichting bij de dupliek — maar tevens tot hare aanvulling met andere verdedigingsmiddelen mits een verweer ten principale opleverende. En in het hooger beroep is de oorspronkelijke gedaagde weder geheel vrij om zich ten gronde te verweren, ook al liet hij dit in prima geheel na." Het zal

derhalve van groot belang zijn alsnog het onderscheid tusschen exceptie en verdediging ten principale in het oog te houden en bij gebreke van bepaling in de wet zullen de wetenschap en de rechtspraak wel geroepen zijn om het casu quo vast te stellen. Dat het dan „verwacht mag worden dat bij deze quaestie de oude artt. 159 eerste lid en 160 der wet van 1838 niet uit het oog zullen worden verloren," laat zich hooren, maar of op het hier behandelde punt de beteekenis voor peremtoire exceptie daar aangenomen tot grondslag mag strekken, zou ik betwijfelen. Ik hel meer over tot het gevoelen dat het begrip van peremtoire exceptie zich hier in dat van verdediging ten principale zal moeten oplossen omdat in de aangehaalde artikelen der oude wet juist de mogelijkheid van het afzonderlijk voorstellen vooral de praktische beteekenis, der onderscheiding was. Ik verwijs daartoe naar de ontwikkeling welke ik van dit punt gaf bij de bespreking van de beteekenis welke m. i. in art. 348 § 2 aan „eene verdediging ten principale opleverde" moet gegeven worden. Zie Dl V. bl. 107 vv.

Met opzicht tot de exceptie van verjaring in het bijzonder verwijs ik tot hetgeen ik t. z. p. schreef op bl. 113 a. h. e. en v. Verg. ook bl. 120.

De exceptiën die, overeenkomstig het voorschrift der wet, afzonderlijk zijn voorgesteld moeten op zich zelve worden uitgewezen. De beslissing daarover mag niet worden aangehouden tot die over de hoofdzaak, noch hare behandeling bij die van de hoofdzaak gevoegd worden. Gevolg van afzonderlijke voorstelling.

Wanneer aan den verweerder de bevoegdheid wordt toegekend om een exceptie afzonderlijk voor te stellen -- en nog te meer wanneer hem daartoe de verplichting wordt opgelegd — dan vloeit daaruit voort, dat hij niet verplicht of niet bevoegd is al dadelijk op de zaak zelve te antwoorden. Hij moet of mag derhalve bij zijne exceptie persisteeren, zooals dat in de praktijk wordt uitgedrukt. Op deze den verweerder door de wet toegekende bevoegdheid mag de rechter geen inbreuk maken. Dit zou hij doen, wanneer hij geene beslissing gaf op de exceptie waarover de strijd voldongen is, maar die beslissing aanhield tot dat ook de strijd op de hoofdzaak voldongen zou zijn om dan, beide geschillen samenvoegende, ze bij een en hetzelfde vonnis af te doen. De rechter zou dan niet alleen zijn karakter van lijde-

lijkheid opgeven maar, in strijd met de door de wet aan den verweerder toegekende bevoegdheid tot onthouding, hem tot handelen dwingen. Het „nemo invitus agere cogatur" kon nauwelijks op meer in het oog loopende wijze tot een leugen gemaakt worden. Men zou deze bepaling niet missen, al werd zij met eenigen ophef bij de herziening in 1837 aanbevolen. Het was zeker beter er eene algemeene bepaling van te maken dan er alleen van te spreken bij de exceptiën van verwijzing (renvoi) zooals in het Wetb. 1830 art. 136, maar die bepaling was daar noodig omdat men toen daarop eene uitzondering toeliet in art. 136 § 2, die bij de herziening verviel. Ofschoon de bepaling van art. 160 § 2 bij de herziening van 1896 is vervallen, volgt uit de hier door mij gemaakte opmerking dat haar inhoud toch in de gevallen waarin het afzonderlijk voorstellen der exceptiën behouden is, van toepassing is gebleven.

Voorstellen buiten de orde.

Wanneer de verweerder de exceptiën welke afzonderlijk moeten worden voorgesteld met andere of met de verdediging op de hoofdzaak vereenigt of op andere wijze niet inachtneemt de orde door de wet voor het voorstellen dier exceptiën voorgeschreven, wordt daardoor de verkeerdelijk voorgestelde of voorbijgegane exceptie gedekt. Het gevolg daarvan is dat hare gegrondheid niet meer door den rechter mag worden onderzocht of dat zij niet meer met goed gevolg voorgesteld kan worden en de verweerder in die exceptie niet-ontvankelijk verklaard wordt.

Dit geldt van de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid waar die tegelijk met een verzoek tot oproeping in vrijwaring vóór andere weren moet worden voorgesteld naar art. 68 § 2, waar uitdrukkelijk wordt bepaald dat zij, niet in de conclusie tot oproeping in vrijwaring opgenomen, voor gedekt gehouden wordt. Met opzicht tot de exceptiën van litispendentie en connexiteit moet dit volgen uit het voorschrift dat de verwijzing moet gevraagd worden vóór alle weren. En wat de exceptie van beraad aangaat, deze wordt eveneens gedekt als zij niet afzonderlijk voorgesteld wordt vóór andere weren, dewijl uit het voorstellen van andere weren de aanneming van de hoedanigheid van erfgenaam voortvloeit. Zie hierboven. Was het naar de oude wet een twistvraag, of de exceptiën welke vooraf moesten worden voorgesteld, met andere verweermiddelen konden worden vereenigd, zonder ze te

verwerken, mits ze slechts in de conclusie van antwoord voorop worden geplaatst (welke vraag ik uitvoerig behandelde in den 2den druk van dit Deel bl. 133—138,) thans mag men dit voor de hier bedoelde exceptiën wel in negatieven zin uitgemaakt achten. Want het zijn, gelijk wij zagen, afwijkingen van den regel die vereeniging van alle exceptiën met het antwoord voorschrijft. Was voorts naar de oude wet het gevolg van het afzonderlijk voorstellen van exceptiën, voor welke dit niet toegelaten was, dat de rechter hare voeging bij de hoofdzaak gelastte met veroordeeling van den verweerder in de hoogere kosten door de afzonderlijke voorstelling veroorzaakt (art. 160 § 1 oud), naar het tegenwoordig art. 141 § 2 vervallen daardoor de niet voorgedragene exceptiën en, indien niet ten principale geantwoord is, het recht om zulks althans in eerste instantie te doen. Wat hier onder antwoord ten principale moet worden verstaan, zagen wij hierboven.

Over den invloed van het antwoord op de bevoegdheid tot het voordragen van declinatoire en dilatoire exceptiën, zie Dl. II § 65 bl. 147.

De exceptiën, die afzonderlijk worden behandeld en alzoo tot een incident aanleiding geven, worden als incidenteele vorderingen behandeld. Wijze van behandeling.

De exceptiën die aldus afzonderlijk worden voorgesteld zijn incidenten en terwijl, behoudens bijzondere bepaling in bijzondere gevallen, voor de behandeling der incidenten, geen algemeene regel wordt gegeven, komen hier van zelf de bepalingen betreffende incidenteele vorderingen, zij het bij analogie, in toepassing.

Zij worden alzoo voorgesteld bij gemotiveerde conclusie ter audientie die formeel als eene conclusie van eisch is te beschouwen waarop de eischer bij gemotiveerde conclusie van antwoord heeft te dienen. Op eenparig verzoek van partijen kan de rechter dan verder het nemen van conclusiën van repliek en dupliek toestaan. Zie art. 247. Op deze afzonderlijk voorgestelde exceptiën zal de rechter wel vooraf uitspraak moeten doen, al is de bepaling van art. 161 § 2 (oud) welke dit uitdrukkelijk voorschreef, uit de wet verdwenen. Zeker zal de zaak het hier wel medebrengen. Art. 249 § 1. Want het afzonderlijk voorstellen heeft geen ander doel dan om het geschil over de exceptie van de baan te hebben voordat tot de behandeling der andere verweermiddelen wordt overgegaan. Is toch de exceptie gegrond dan vervalt alle verder onderzoek. Het voorschrift van de tweede

zinsnede van art. 249 § 1 omtrent de bepaling van den dag waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen, zal hier eveneens in acht genomen moeten worden.

Betreft de exceptie eene zaak, waarover het O. M. gehoord moet worden, dan wordt het ook over de exceptie gehoord. In het bijzonder moet het O. M. gehoord worden over de exceptie van onbevoegdheid. Art. 324 n°. 3. Litispendentie en connexiteit kan men daar nu niet meer onder brengen, gelijk ik hierboven opmerkte.

Worden de exceptiën met de andere verweermiddelen vereenigd, dan volgt het geding den gewonen loop; de exceptieve verdediging zal evenwel van zelf de aanleiding geven tot eene conclusie van repliek waarbij op de exceptieve verdediging wordt geantwoord.

Kantongerecht.

De bepalingen betreffende de voorloopige verzoeken en exceptiën zijn bij art. 125 op de procedure bij de kantongerechten toepasselijk verklaard.

Wanneer men deze bepaling van art. 125 onbevangen leest, dan moet daaruit volgen dat al wat in den derden titel over exceptiën voorkomt, ook bij de procedure voor de kantongerechten toepasselijk is. En daaruit volgt dat ook bij het kantongerecht de verweerder alle exceptiën en zijn antwoord ten principale tegelijk zal moeten voordragen op straffe van verval gelijk in art. 141 § 2 is bepaald, terwijl tevens daar de bepaling van § 3 omtrent de exceptie van beraad zal gelden. En de bepaling van art. 99, hetwelk eenvoudig bepaalt dat de gedaagde zijne verdediging zal voordragen zonder een onderscheid in de middelen te maken past geheel bij het voordragen van alle middelen tegelijk. De beantwoording van de vraag, welke orde in het voordragen der middelen moet worden in acht genomen, werd in art. 99 toch evenmin beslist als gepraejudiceerd. Dit wordt in den derden titel evenals vroeger ook nu bepaald.

In dien zin oordeelen ook de HH. Hartogh en Cosman bl. 62 (op art. 141 n. 6.) Mr. v. Rossem kan zich met dit gevoelen niet vereenigen. Hem schijnen de argumenten van de HH. H. en C. wel wat gezocht. Vooreerst is hij van oordeel dat, dewijl tijdens het tot stand komen van art. 99 het stelsel van de geheele verwering in eens niet gold, de wijziging van het systeem voor eene andere procedure de beteekenis van art. 99 niet veranderen kan. Deze redeneering gaat m. i. in het geheel niet op. Verdediging blijft verdediging, hoe

zij gevoerd wordt, en wanneer de nadere beteekenis daarvan, wat betreft de aanwending der middelen die daartoe gegeven worden van andere bepalingen afhangt, dan moeten de veranderingen in die bepalingen gemaakt vanzelf haren invloed hebben waar van verdediging zonder nadere bepaling gesproken wordt. In art 99 wordt er niet anders van gezegd dat dat geen schriftelijke dingtalen worden beteekend. Dat meende de wetgever daar te moeten zeggen en dat blijft zoo, maar wat èlders omtrent de verdediging wordt bepaald, blijft, ook wanneer daarin veranderingen worden gebracht, toepasselijk. Blijft toepasselijk, zeg ik. En toepasselijk waren de bepalingen van den III^{en} titel „opzigtelijk de voorloopige verzoeken en exceptien" (art. 125) en die zijn toepasselijk gebleven ofschoon zij na 1896 veranderd zijn en nu ook in andere artikelen, zelfs gedeeltelijk in eene andere afdeeling van tit. III worden aangetroffen. Nu meent MR. VAN ROSSEM dat die verwijzing in art. 125 kennelijk slaat op het opschrift van de derde afdeeling van tit. III, die vroeger luidde evenals zij nu in art. 125 wordt aangehaald. Dit laatste is zoo, maar nu dat opschrift in 1896 is veranderd in: „van voorloopige verzoeken en de exceptie van onbevoegdheid" slaat de verwijzing in art. 125 niet meer terug op het opschrift van de IIIe afdeeling, hetwelk dan ook niet genoemd wordt, maar op de bepalingen betreffende de voorloopige verzoeken en exceptën, waar deze in tit. III gevonden mogen worden en zoo komen wij tot de uitkomst dat deze bepalingen ook op de procedure bij de kantongerechten toepasselijk zijn wat ook den heer v. ROSSEM gewenscht en consequent voorkomt. Nu moge de gissing van den heer v. R. niet onwaarschijnlijk zijn, dat er niet aan gedacht is om de veranderde bepalingen omtrent de verwering duidelijk en opzettelijk op de kantongerechten toepasselijk te maken, de verwijzing naar de „voorloopige verzoeken en exceptiën" moge dan bij toeval zijn behouden gebleven, men moge het zelfs niet waarschijnlijk achten dat de heer HARTOGH niet op dat opzettelijk behoud van die verwijzing zou hebben gewezen, indien het gevolg daarvan zóó belangrijk was, het moge wat gezocht schijnen om eenvoudig als eene wijze voorziening voor te stellen, wat inderdaad 't gevolg is van een verzuim, dit alles zijn gissingen, die onbewezen zijn en niet wegnemen dat de wet zooals zij geschreven is hier het meest gewenschte gevolg aanwijst en de consequentie redt, zoodat wij hier niet met eene gemelijke berusting, maar met opgewektheid het „lex ita scripta" inroepen. Ik merk nog op dat ook de andere verwijzingen naar den derden titel in art. 125 voor-

komende niet alle op opschriften van afdeelingen van dien titel terugslaan; met name is dit het geval met de wraking van deskundigen.

AFDEELING IV.

INCIDENTEN DIE DE BESLISSING UITSLUITEN.

§ 86. AFSTAND VAN DE INSTANTIE.

Wat afstand is.

Afstand van de instantie bestaat daarin, dat de eischer afziet van de voortzetting van het geding op de dagvaarding waarbij hij het geding heeft aangelegd. Wanneer de eischer dit doet nà het antwoord dan is die afstand een voorval, hetwelk ten gevolge kan hebben dat van den gewonen loop van het geding wordt afgeweken; een incident in dat geding, waardoor het vooralsnu niet tot beslissing wordt gebracht.

Zie tit. III afd. 15. C. de p. L II tit. 23. Ontw. B. II tit. 8.

„Instantie," zegt Mr. Boey in zijn Woordentolk in v°., „is een onduitsch woord, dat aanhouding, aandringing op iets dat men gaarne had dat geschiede beteekent; men verstaat er gemeenlijk door in de Practijk alle de verzoeken, eischen en vervolgen, die men in regten doet." Het woord: instantie, wordt daarom terecht voor de handeling waardoor men een eisch instelt, een geding aanlegt, gebezigd, maar wordt eveneens en niet minder juist gebruikt voor ieder verzoek of vordering die in den loop van een geding gedaan worden, bijv. instantie tot overlegging van stukken, tot verhoor op feiten, enz. Maar gebruikt voor den aanleg van het geding duidt het woord niet alleen dien aanleg op zich zelf aan, maar omvat ook de behandeling van het geding die daarvan het gevolg is, zooals men spreekt van een geding in eerste instantie, de onderscheidene instantiën van het geding en ook voor de rechters in eerste of hooger instantie. Zoo werd „reprise d'instance" der Franschen bij ons „hervatting van het rechtsgeding". In die uitgebreide beteekenis komt aanleg ook voor b.v. het geding in eersten aanleg. Er zou dus geen bezwaar bestaan om in plaats van: afstand van de INSTANTIE van afstand van DEN AANLEG te spreken. Met het terugnemen van de dagvaarding of het vervallen daarvan, of van iedere andere akte waarbij eene instantie gedaan werd, vervalt niet alleen

de aanleg zelf, maar ook de verdere behandeling. Cf. artikel 278.

Wordt het begrip van incident hier oogenschijnlijk in eene uitgebreide beteekenis genomen, naar de beschrijving van § 77 er is toch ook hier eene verwikkeling, waar het geding voor 't oogenblik wel wordt gesloten maar toch niet afgewikkeld, terwijl eene herhaalde instelling van den eisch mogelijk blijft. Is er in dien zin al geen vertraging omdat het geding niet verder wordt voortgezet op dezen aanleg; het loopt toch nu niet af maar zal later op nieuw kunnen beginnen. In ieder geval is de afstand een voorval, een tusschenbeidekomende gebeurtenis, waardoor het geding in zijn eenvoudigen en gewonen afloop wordt gestoord. Dit is althans het geval wanneer de afstand wordt gedaan na het antwoord. Al wordt het geding door een dagvaarding bij den rechter aanhangig gemaakt, een geding ontstaat eigenlijk eerst als de verweerder zich op die dagvaarding heeft ingelaten. Wanneer dan ook de eischer afstand wil doen vóór het antwoord dan is hij daartoe zonder toestemming van den gedaagde bevoegd. Hij doet aan den gedaagde den afstand van den aanleg door intrekking van de dagvaarding beteekenen en betaalt de kosten. Die betaling van de kosten is de voorwaarde voor de geldigheid van den afstand in dit geval. De afstand heeft dan evenwel buiten den rechter, buiten het geding om, plaats. De nadere bepalingen van de 15de afdeeling hebben dan ook eigenlijk alleen op den afstand nà het antwoord betrekking, ofschoon ook art 278 n°. 1 op dien vóór het antwoord toepasselijk is.

Toestemming van den verweerder.

Na het antwoord kan de afstand niet plaats hebben dan met toestemming van den verweerder. Art. 277 § 2.

De bevoegdheid tot den eenzijdigen afstand, als vervallende door het antwoord, en de bevoegdheid zelve met toestemming van den verweerder nà het antwoord, heb ik in Dl. II § 65 als een der gevolgen van het antwoord behandeld, bl. 141—147. Over de beteekenis van het antwoord in art. 277 schreef ik daar bl. 145 Tegen de daar verdedigde opvatting, dat er ook exceptieve conclusiën onder zijn begrepen, zou wellicht een argument kunnen ontleend worden aan den fr. tekst van art. 233 W. 1830 waar van défenses gesproken wordt. Doch de beperkte beteekenis van défenses is daar twijfelachtig; in ieder geval verlieze men niet uit het oog dat ons artikel niet uit den Code is overgenomen. De Ontwerper van 1865 gaf in art. 42 eene

ruimere en daarom betere, ook niet twijfelachtige redactie: „voordat door den verweerder eenige conclusie is genomen" doch meende daarmede niet anders dan den inhoud van het tegenwoordige art. 277 terug te geven. Zie de toel. bl. 136.

Is de exceptie van beraad afzonderlijk voorgedragen dan zal tot den afstand de toestemming van den gedaagde noodig zijn. Evenzoo wanneer de exceptie van onbevoegdheid met een verzoek om in vrijwaring op te roepen werd vereenigd. Bij de exceptie van litispendentie en connexiteit zoude men anders moeten beslissen omdat zij in den wettelijken zin niet als antwoord op de conclusie van eisch worden beschouwd daar zij vóór alle weren, op den dag voor het voordragen der verwering bepaald moeten voorgesteld worden. Maar bij de litispendentie vervalt de instantie van zelf door de toewijzing der exceptie; bij de connexiteit zou de afstand der instantie de door den verweerder gevraagde verwijzing onmogelijk maken; hier zou de noodzakelijkheid van zijne toestemming zeker rationeel zijn. Is overigens door den verweerder de eene of andere exceptie, in afwijking van art. 141 § 2, afzonderlijk voorgedragen, dan geldt wat ik ten opzichte van de wet van 1838 zeide.

Met afstand van de instantie is niet te verwarren het intrekken van eene vordering die gedurende het geding vervallen is met behoud van den eisch tot veroordeeling van den gedaagde in de kosten. De eischer, die van deze hem toekomende bevoegdheid gebruik maakt handelt niet in strijd met het verbod van art. 277 omdat hij geen afstand van de instantie doet, welke immers behoud van zijne vordering ondersteld. Zie vooral vonnis Groningen 11 Juli 1879 W. v. h. R. n°. 4421. Evenzoo oordeelde de H. Raad 27 December 1878 W. v. h. R. n°. 4334.

Hoe wordt afstand gedaan?

De afstand kan gedaan worden hetzij op de terechtzitting bij eene verklaring door den procureur des eischers afgelegd en door dien des verweerders aangenomen, hetzij buiten de terechtzitting bij eenvoudige akten van procureur tot procureur, over en weder beteekend.

De procureurs moeten tot doen en aannemen van afstand door de partijen gemachtigd zijn. Schriftelijke volmacht wordt overbodig indien de afstand op de terechtzitting geschiedt en partijen daar tegenwoordig zijn. Art. 278 § 1 en 2.

Ofschoon de afstand van de instantie niet medebrengt afstand van het recht dat de eischer beweert te hebben, daar integendeel partijen teruggebracht worden in dien toestand waarin zij tot elkander stonden vóór de dagvaarding, geven zij toch rechten op, die zij tengevolge van de dagvaarding en van het antwoord hebben verkregen, bepaaldelijk dat op eene beslissing des rechters. Evenmin als nu de procureurs over het onderwerpen van het geschil aan het oordeel des rechters door de partijen te beschikken hadden, maar zij hen vertegenwoordigen, omdat partijen het geschil aan het oordeel des rechters wilden onderwerpen, zoo ligt het ook buiten hunne bevoegdheid als procureurs om voor partijen op die handelingen, waardoor het geschil aan het oordeel des rechters onderworpen werd, terug te komen. Terecht moeten zij alzoo door de partijen in 't bijzonder worden gemachtigd om van de gevolgen van die handelingen afstand te doen of die aan te nemen. In den Code was dit duidelijk in art. 402 aangegeven althans wat den afstand betreft. Dat van weerszijden die volmacht noodig is blijkt uit ons art. 278 duidelijker. Dat de tegenwoordigheid der partij zelve op de terechtzitting in de plaats van schriftelijke volmacht kan treden is eenvoudig eene toepassing van art. 1830 B. W., volgens hetwelk last kan worden gegeven en aangenomen bij monde. Ook onder den Code liet men dit toe, CARRÉ Q. 1458 met instemming van anderen aangeh. bij CHAUVEAU ald. Het is duidelijk uit de tegenstelling, dat de wetgever in de woorden: „of hunne procureurs van volmagt daartoe voorzien zijn", buiten de tegenwoordigheid der partijen, een schriftelijke volmacht bedoelt, wat, wanneer de afstand door middel van eene beteekening plaats heeft, nog duidelijker is en nu door de woorden: met gelijke volmacht, boven twijfel gesteld wordt. Het zal m. i. voldoende zijn indien eene volmacht tot afstand of aanneming daarvan op den procureur afgegeven en door de partij geteekend, van wege dien procureur aan zijn ambtgenoot beteekend wordt. Uit de volmacht blijkt de wil van de partij, uit de beteekening de uitvoering van den last door den procureur. Vindt men bezwaar om uit de beteekening van de volmacht van wege den procureur te besluiten dat hij ook werkelijk, ter voldoening aan zijn last, afstand doet, dan komt mij de beteekening van eene verklaring krachtens in afschrift meegedeelde volmacht verkieslijk voor boven eene eenvoudige verwijzing naar die volmacht zooals de formulieren bij v. D. HONERT n°. 129, 130 en OUDEMAN I n°. 114, 115 luiden.

De beteekening van den afstand bij acte van procureur tot procureur kwam inzonderheid bij zaken van gewone behandeling te pas. Anders zouden partijen elkander daartoe ter terechtzitting hebben moeten oproepen. Het Ontwerp laat dan ook den afstand na antwoord alleen toe ter terechtzitting „door de vertegenwoordigers der partijen in hare tegenwoordigheid of anders krachtens bijzondere volmacht." Deze verandering was het gevolg van de afschaffing van de onderscheiding tusschen gewone en summiere zaken. Toel. bl. 136, op art. 43. Bij de herziening van 1896 liet men de bepaling evenwel onveranderd. Men kan alzoo nog van die akte van procureur tot procureur gebruik maken.

De vraag of zij die tot het voeren van een geding eene machtiging behoeven bevoegd zijn afstand van de instantie te doen en die aan te nemen, zou ik daarom bevestigend beantwoorden omdat de machtiging wel tot het voeren van 't proces bekwaam maakt, niet evenwel daartoe verplicht en de afstand geen afstand van het in geding gebrachte recht medebrengt. Uitvoerig wordt de vraag behandeld door BOURBEAU V, 674. Verg. CHAUVEAU bij CARRÉ Q. 1452.

De afstand brengt van rechtswege mede:

Gevolgen. 1°. dat de partijen weder in dien toestand tot elkander worden gebracht waarin zij tot elkander stonden vóór de akte, waarmede de instantie aanving;

2°. dat de partij die afstand heeft gedaan verplicht is tot betaling van de kosten, welke invorderbaar worden verklaard door den voorzitter bij een bevelschrift gesteld op den daarvan opgemaakten staat art. 278 § 3.

Dit bevelschrift kan bij voorraad tenuitvoergelegd worden (?) art. 278 § 3.

De hier vermelde gevolgen worden gezegd van rechtswege te ontstaan. Dat wil zeggen: dat geen andere handeling daartoe vereischt wordt, met name geen vonnis of uitspraak des rechters. Wanneer de verklaringen ter terechtzitting worden afgelegd, zal de rechter eenvoudig daarvan akte aan partijen verleenen d. w. z. bevelen dat van de afgelegde verklaringen aanteekening worde gedaan op het audientieblad en in verband daarmede kan dus de zaak geroyeeerd worden van de rol.

Ad 1um. Zie hierover Dl. II bl. 142.

Voor de akte waarmede de instantie aanving. De wet zegt: vóór de dagvaarding. In den Code werd gelezen in plaats

van „voor de dagvaarding:" „avant la demande." Art. 403 § 1. Het Wetb. van 1830 behield de uitdrukking en stelde in het hollandsch: „voor den eisch." Houdt men de beteekenis van demande in tegenstelling van action in het oog, dan is het duidelijk dat daarmede werd te kennen gegeven: voor het instellen van den eisch en ik zou aan deze uitdrukking de voorkeur geven. „Voor de dagvaarding" is eene al te angstvallige correctie, die van hare bekrompenheid de gevolgen daarin toont dat zij den afstand van den aanleg van een eisch in reconventie*) zou uitsluiten, indien men niet uit de ratio legis tot het tegendeel mocht besluiten en aannemen dat bij het woord dagvaarding alleen aan id quod plerumque fit ware gedacht. Bepaaldelijk ook met het oog op den afstand van een ingestelde reconventie schrijft het Ontwerp in art. 44: „de actie door welke de instantie is aanhangig gemaakt." Toel. bl. 136. Dan kunnen er ook exceptiën en incidenteele vorderingen onder begrepen worden, waarvan het Ontwerp uitdrukkelijk in art. 42 melding maakt. Met de bepaling evenwel daar voorkomende, dat deze laatste altijd kunnen worden ingetrokken zonder toestemming der wederpartij, onder verplichting om de daardoor veroorzaakte onkosten te betalen, kan ik mij niet vereenigen. Wanneer ook daarop is geantwoord, kan de wederpartij er belang bij hebben dat de rechter er uitspraak op doe, waarop ook zij door haar antwoord recht heeft bekomen. Zeker zou ik, bij het stilzwijgen onzer wet, van oordeel zijn dat de in art. 277 gemaakte onderscheiding daarop moet worden toegepast. Verg. vonnis Roermond 19 Januari 1888 W. 5737.

Ad 2um. Het hier bedoelde bevelschrift van den voorzitter schijnt ten behoeve van den verweerder te worden gegeven en op diens eenzijdige begrooting der kosten. De Code wilde dat bevelschrift (art. 403) gegeven hebben „parties présentes ou appelées par acte d'avoué à

---

*) Naar aanleiding van de reconventie werd in der tijd door de Regeering een zonderling antwoord gegeven. De tweede afdeeling vroeg: wat het gevolg zal zijn van den gedanen afstand van de instantie, wanneer er een eisch in reconventie is ingesteld? De Regeering antwoordde: „dat een afstand niet mogelijk is, indien er een eisch in reconventie gedaan is. omdat reconventie zonder antwoord niet denkbaar is!" Alsof de afstand van de instantie werd uitgesloten nà het antwoord! De gedane vraag was toch niet moeilijk te beantwoorden. Reconventie belet niet dat er van de conventie afstand worde gedaan, mits de verweerder in conventie daarin toestemme (immers reconventie onderstelt een antwoord): die verweerder zal natuurlijk daarbij zijn belang, in verband met den door hem ingestelden reconventioneelen eisch beoordeelen en daarmede bij 't geven van zijne toestemming te rade gaan. DE PINTO II 413 is te recht van oordeel dat de afstand van de conventie de reconventie ongedeerd laat en omgekeerd. Zie ook OUDEMAN I bl. 314. In het Formulierboek van v. d. HONERT (uitg HEEMSKERK) wordt m. i. ten onrechte beweerd, dat afstand van de conventie niet met instandhouding van de reconventie zou kunnen plaats hebben.

avoué" Dit was zeker omslachtiger maar ook een strenger vasthouden aan het beginsel van „het hooren van beide partijen". Intusschen is men bij de begrooting van kosten van de wet van 1879 n⁰. 75 nog wel verder van dit beginsel afgeweken.

De slotbepaling van art. 403 C. de pr. betreffende de uitvoerbaarverklaring bij voorraad was vervallen in ons Wetb. van 1830 art. 234. Deze verandering werd door den heer LE CLERCQ in de zitting van de Tweede Kamer van 7 Febr. 1828 (Zie NOORDZIEK t. a. p. bl. 95) uitvoerig toegelicht: „Dans le Code Français, comme dans celui qu'on va lui substituer le désistement emporte de plein droit soumission de payer les frais. Dans l'un et l'autre la partie qui s'est désistée est contraite au payement par une simple ordonnance du président; il faut bien qu'on ait un acte exécutoire pour donner à la soumission de payer les effets, qu'elle doit avoir. On doit croire, que toutes les procédures sont terminées, comme elles le sont par un jugement définitif coulé en force de chose jugé. Il en est ainsi en effet par le projet de Code que nous discutons et cet ordre de choses est conforme à la raison et la justice, car quels pourraient être les motifs d'appeler de l'ordonnance du président qui n'est qu'un moyen nécessaire accordé pour l'exécution d'une soumission librement consentie? Cependant le Code français admet l'appel de cette ordonnance; la disposition qui n'admet pas l'appel est une amélioration utile et conforme à la raison introduite dans notre législation." Deze verbetering, wel wat breed maar toch goed gemotiveerd, liet men in 1837 weder varen op de eenvoudige vraag toen in de 2de afd. der Kamer gedaan: „of het slot van art. 403 C. de pr. niet moest worden overgenomen?" V. d. HONERT op § 278 bl. 349. Men nam evenwel dat slot niet geheel over. Dan zou ten minste gebleken zijn, niettegenstaande welk middel de voorloopige ten uitvoerlegging plaats kon hebben. Zal dat nu een verzet of een appèl zijn? of ook soms cassatie? Verzet? maar geldt het dan eene veroordeeling bij verstek? Appèl? maar geldt het dan eene veroordeeling partijen gehoord of behoorlijk opgeroepen? Er kan hier geen sprake zijn van een der rechtsmiddelen tot vernietiging van een vonnis gegeven, maar alleen van een verzet tegen de tenuitvoerlegging van een met een in executorialen vorm afgegeven vorm gelijkstaand bevelschrift. Wij hebben hier dus veeleer met een parate executie bij dwangbevel te doen maar deze kan toch door een verzet geschorst worden. In plaats van de zoo los daarheen geworpen woorden had men dan bijv. een verzet als in art. 38—40 van het Tarief moeten toepasselijk verklaren.

Men zal toch met het bij voorraad de toepassing van art. 438 niet hebben willen uitsluiten? Ware 't echter niet nog beter de gedachte die de verbetering van 1830 voorschreef te ontwikkelen en alle verzet of verweermiddel tegen het bevelschrift overbodig te maken door den verweerder zijne kosten te doen opgeven bij zijne toestemming in den afstand en het bevelschrift dienovereenkomstig te doen afgeven? De Ontwerper schreef in plaats van § 4: „waartegen geene voorziening is toegelaten." Art. 44 n°. 2. De vraag is: welke voorziening zou hier kunnen zijn toegelaten, die nu wordt uitgesloten? Men vergete toch niet dat de Code de pr. deze het bevel deed geven, parties présentes ou appelées. Dat liet onze wetgever weg en nu gaat hij in het laatste lid weer van de onderstelling uit alsof hij die bepaling overnam!

Aanm. De verweerder kan ook wel afstand doen op de wijze bij art. 277 vv. voorgeschreven, doch voor den eischer beteekent die afstand niets. Is de gedaagde eens verschenen, dan kan de eischer een vonnis als op tegenspraak tegen hem verkrijgen. Door zijne verschijning op den eisch „sententiae se subdidit," wat jure romano een gevolg was der litis contestatio. l. 3 pr. de judiceii 46, 7.

De bepalingen omtrent den afstand gelden ook bij het kantongerecht, art. 125. Kantongerecht.

Verschijnen partijen door gemachtigden, deze zullen a fortiori van bijzondere volmacht tot het doen en aannemen van afstand moeten voorzien zijn.

§ 87. VERVAL VAN DE INSTANTIE. (*)

Ofschoon de afstand van de instantie deze doet vervallen, wordt hij toch dáárom niet een verval van de instantie genoemd, omdat deze dàn het gevolg is van den in eene handeling zich openbarenden wil van de partij die de instantie aanlegde. Verval van de instantie heeft met name dan plaats wanneer dit, buiten den wil van de partij, het gevolg is van tijdsverloop. Wat verval is.

Dat tijdsverloop bewerkt het verval evenwel niet van rechtswege. De wederpartij moet de vervallenverklaring eischen, opdat zij door den Rechter worde uitgesproken; zoolang die eisch niet is gedaan kan de

*) Traité de la péremption d'instance en matière civile par J. E. REIJNAUD revu par DALLOZ. Paris 1837.

werking van het tijdsverloop door behoorlijke procesakten van eene der partijen worden voorkomen, art. 279, 281.

Zie tit. III afd. 16; C. de pr., L. II. tit. 22; Ontw. B. II tit. 8 Cf. ord. de 1539, celle de Roussillon de l'année 1563 [adde: 1629] et principalement l'arrêté du 28 Mars 1692 qui à fixé la jurisprudence sur ce point volgens POTHIER, die dit onderwerp behandelt in Traité de la procédure civile, P. I. Chap. IV. Sect. 4. JOUSSE handelt er over in de aanteekeningen op art. 5 van tit. 27, II p. 465 sv. en citeert een arrêt de reglement van 2 Août 1692. RODIER wijdt er in zijne Questions sur l'ordonnance eene afzonderlijke „paragraphe unique" aan, achter de behandeling van tit XIV.

Er bestaat alzoo tusschen den afstand en het verval van de instantie een nauwe verwantschap. De Ontwerper van 1865 kon beide met recht in één titel vereenigen. Men heeft echter minder juist opgemerkt dat het verval een vooronderstelde afstand kon genoemd worden, terwijl de afstand zelve dan eene formeele mocht heeten. CARRÉ ad rubr. tit. XXII en XXIII Brux. éd. III p. 125, 185. Want beide instellingen berusten op onderscheiden beginselen. Bij den afstand erkent men het „invitus nemo agere cogatur" ook in dien zin, dat niemand gedwongen moet zijn de handhaving van zijn recht voort te zetten dan voor zoover zijne tegenpartij, tengevolge van den tegen haar gerichten aanval, aanspraak op eene rechterlijke beslissing heeft gekregen. In het verval ligt ook wel eene sanctie van de verplichting jegens de tegenpartij om het eens aangevangen geding voort te zetten, maar het staat tevens in nauw verband met de verjaring en strekt tot handhaving van het karakter der verjaring als instelling van openbare orde. Vindt de verjaring der rechtsvorderingen haren grond in het gedurende langen tijd voortgezet verzuim van hare instelling, dan moet ook daarvan het gevolg zijn dat de loop van die verjaring ophoudt wanneer het niet-handelen ophoudt; dientengevolge moet het instellen van den eisch stuiting van de verjaring ten gevolge hebben. Vindt de verjaring als wijze van verkrijgen haren grond in den positieven toestand des bezitters tegenover het stilzitten des rechthebbende, ook bij deze wordt terecht aan het instellen der rechtsvordering, aan de verstoring van des bezitters rustigen toestand, stuiting der verjaring als gevolg verbonden. Die stuiting wordt evenwel eerst dan volkomen gerechtvaardigd, wanneer hij die de actie instelt nu ook

actie blijft. Laat hij echter de zaak rusten, en bleef niettemin de verjaring gestuit, dan werd deze van kracht geheel beroofd en zou niet kunnen beantwoorden aan dat karakter van openbare orde dat ligt in hare strekking om zekerheid van den rechtstoestand te weeg te brengen. Om de verjaring deze kracht te doen behouden moet de ingestelde vervolging hare kracht van stuiting verliezen, wanneer zij niet wordt voortgezet gedurende zoodanigen termijn dat de vervolging als niet ernstig gemeend beschouwd moet worden. Dat gevolg wordt bereikt door de instantie, den aanleg van den eisch, te doen vervallen, en die daarmede als niet geschied aan te merken, alzoo hare gevolgen opgeheven te verklaren. Men kan dan wel zeggen, om verwantschap en onderscheid met den formeelen afstand te gelijk in het oog te doen vallen: nu wordt de eischer verondersteld afstand van de instantie te doen, maar inderdaad wordt daarnaar geen onderzoek gedaan; men vermoedt niet dat hij afstand wilde doen, want zijn wil blijft geheel buiten aanmerking; hij zette zijne aangevangen handeling niet voort en daarom wordt ook het gevolg van die handeling welke hij verrichtte, te niet gedaan. En mocht hij zich beklagen, dan zegt de wet tot hare rechtvaardiging tegen hem: het is uw eigen schuld, en al hebt gij 't niet gewild, het is zoo goed alsof gij het gewild hadt.

Wordt de werking der verjaring alzoo door het verval van de instantie gesteund, dat het verval zelf geen verjaring is behoeft geen betoog, al vervalt hier eene bevoegdheid door tijdsverloop. Heeft evenwel het aangeduide verband der beide instellingen er toe geleid, dat, te kwader ure, regelen die de verjaring beheerschen hier zijn toegepast (Zie bijv. BOURBEAU V. p. 541, DE PINTO § 209 en 211) en die regelen dan nog meer opgevat naar den uiterlijken schijn, dan naar hunne werkelijke beteekenis? „Alle instantie vervalt, indien de zaak binnen drie jaren niet is voortgezet" zegt art. 279. Maar, waarom werkt dat verval dan niet van rechtswege, zooals aanvankelijk het arrêt de regl. van 1629 het medebracht (POTHIER n°. 248), en zooals het ook uit deze bepaling, op zich zelve beschouwd, zou voortvloeien? Waarom moet de wederpartij dat verval nog doen uitspreken? Zou men daarbij gedacht hebben aan den regel dat de rechter de verjaring ambtshalve niet mag toepassen (bij ons art. 1987 B. W.)? Werkt dan de verjaring dáárom niet van rechtswege? Die werking van rechtswege zou toch nog geen toepassing ambtshalve medebrengen, maar alleen dit, dat, als de termijn van verjaring vervuld is, hij die zich daarop beroepen kan, niets uit zich zelf behoeft te doen om haar die werking te verzekeren,

maar dat hij aangesproken wordende zich er op beroepen moet, omdat hare werking van zijn wil afhankelijk blijft, deze niet tegen zijn wil plaats heeft, en de rechter in 't algemeen geen middelen, die ter beschikking van partijen staan, mag toepassen. En wat zou nu de werking van het verval van rechtswege medebrengen? Niet dat de verweerder zich daarop niet zou mogen of moeten beroepen, als de eischer, niettegenstaande het tijdsverloop, het geding weder ging voortzetten, maar eenvoudig dat hij, verweerder, uit zich zelf geen handeling zou behoeven te verrichten om het tijdsverloop te doen werken. (Verg. Rodier t. a. p. onder XIII, p. 243.) Terecht merkte de heer Le Clercq op in de zitting van de Tweede Kamer van 7 Febr. 1828 Noordziek t. a. p. bl. 97: „Si le demandeur fait un acte de procédure, le plus simple et le plus insignifiant, dix ans après la discontinuation de toute poursuite, il n'y a plus de péremption à attendre, le demandeur obtient encore un répit de trois ans, qui se prolongera si la demande de la péremption n'est pas faite ou si on la forme après un nouvel acte de procédure ce qui peut éterniser l'interruption de la prescription." Achtte hij dit met recht een bezwaar tegen de bepaling van den fr. Code (art. 399), hij rechtvaardigde de werking van rechtswege die in het Ontwerp van 1827 (Wetb. 1830 art. 237) was voorgesteld met te zeggen: „Si l'intérêt qui a poussé le demandeur à intenter son action subsiste toujours, il n'a pas besoin du secours de la loi pour l'exécuter, pour ne pas laisser périmer l'instance; et si cet intérêt n'existe plus, il est inutile de laisser subsister cette instance et l'interruption de la prescription, jusqu'à ce que le défendeur en demande la péremption." (Noordziek t. z. p.) Doch ook deze wezenlijke verbetering van den franschen Code moest in 1837 weder vervallen, en, niettegenstaande bij de schriftelijke behandeling van het Ontw. van 1828 nog werd opgemerkt. „dat de nieuwe bepaling strekte om te voorkomen dat procedures door de samenspanning der verdedigers niet in het oneindige werden gerekt" (Noordziek 1827/28 II bl. 554, v. d. Honert op § 281), kwam de Regeering uit zich zelve er op terug en voerde dezen zeker zeer weinig beteekenenden grond aan: „dat er geen reden is, waarom de instantie van rechtswege zoude vervallen, indien de belanghebbende partij van haar recht geen gebruik maakt; evenzeer als de verjaring van een recht kan worden geinterrumpeerd door akten, zoo moet ook het vervallen (perimeren) eener instantie door akten kunnen worden voorkomen." Let wel: „door akten nà het tijdsverloop uitgebracht"; alsof de verjaring ook nog na verloop van den tijd gestuit kon worden!

Het is alsof na verloop van drie jaren eene rechtsvordering tot vervallen verklaring wordt toegekend die als alle rechtsvorderingen aan verjaring onderhevig is, welke dan op hare beurt weder aan stuiting blootstaat!

Het gevolg is dat, volgens art. 281, de vervallenverklaring, niettegenstaande het verval door tijdsverloop plaats heeft, kan worden voorkomen door proceshandelingen, door eene der partijen verricht na het tijdsverloop, doch voor dat de eisch tot vervallenverklaring gedaan is, zooals dit in hoofdzaak ook in art. 399 C. de pr. was bepaald.

Het Ontwerp van 1865 kwam tot het in 1838 te kwader ure verlaten stelsel terug en bepaalt in art. 45 eenvoudig dat de instantie van rechtswege vervalt, indien het rechtsgeding gedurende drie jaren niet is voortgezet. De grond is, volgens de toelichting, bl. 135: dat voor het verondersteld desistement hetzelfde moet gelden als voor den verklaarden afstand, en de strekking: te voorkomen dat vele processen anders jaren lang hangende blijven, in strijd met de belangen van partijen, in strijd met de in het algemeen belang gevorderde rechtszekerheid. — Het Ontwerp laat nu evenwel ook de bepaling weg omtrent de wijze waarop de verweerder het verval kan doen uitspreken. Overbodig is evenwel die bepaling niet, gelijk ze dan ook in 1830 opzettelijk behouden was. Het kan, al werkt het verval van rechtswege, voor den verweerder van belang zijn en het bevordert de zekerheid van den toestand voor beide partijen dat het feit door den rechter wordt geconstateerd.

De werking van rechtswege was reeds gehuldigd in C. de pr. van Genève, art. 276. Wellicht had de heer BARTHÉLÉMY ook op deze bepaling het oog, toen hij sprak van het gebruik van dat wetboek bij de samenstelling van het Ontw. 1827 gemaakt. In het belgisch Ontwerp van ALLARD, B. I tit. V. art. 27, wordt hetzelfde bepaald. Prof. ALLARD beroept zich in de toelichting (bl. 71) op de „excellentes réformes introduites dans la matière de la péremption par la loi de Genève, art. 276—278, PAR LE CODE GUILLAUME, art. 236—239 (*), et par le Code italien, art. 338—342.

Welke is de strekking van den eisch tot vervallen-verklaring en in welke verhouding staat hij tot dat verval door tijdsverloop? De eisch

*) Eene ons wel beschamende herinnering! Nog erger wanneer wij in ALLARD's Examen Critique du Code de pr. du Roy. d'Italie p. 57 lezen: „Il en est de même (que la péremption opère de droit) depuis longtemps à Genève et en Hollande etc."

des verweerders strekt niet om den eischer de bevoegdheid tot voortzetting van het geding te ontnemen en zich zelven van de verplichting om 't geding voort te zetten te doen ontheffen; hij strekt om het verval te doen uitspreken, te doen constateeren door den rechter dat door het tijdsverloop de eischer de bevoegdheid tot voortzetting heeft verloren en de verweerder van de verplichting tot voortzetting ontheven is; hij heeft geen andere strekking dan om den rechter een maatregel van procedure te doen toepassen. Wellicht is daarmede een zekerheid in den toestand der partijen beoogd, maar het gevolg is in ieder geval dat het verval niet werkt buiten den wil van den verweerder, dat van hem daartoe eene handeling vereischt wordt. Zeer irrationeel, als men in 't verval een voorondersteldden afstand van den kant des eischers ziet, de toestemming des verweerders niet te onderstellen, die toch ook van zijn wil om voort te zetten geen blijk gaf en niet dan door de aanspraak des eischers gedwongen het geding opnam; even irrationeel wanneer de rechtsgrond van het verval in het niet handelen van den eischer ligt. Die noodzakelijkheid van een eisch des verweerders door niets gemotiveerd, veroordeelt alzoo ook de uitsluiting van de werking van het verval van rechtswege.

Welke zijn die behoorlijke procesacten (beter: handelingen) welke de vervallenverklaring kunnen voorkomen? Handelingen die van eene der partijen uitgaande eene voortzetting der zaak beoogen, b.v. een verzoek om mededeeling van stukken, een oproeping ter terechtzitting, en deze behoorlijk, d. i. door de wet bevolen of toegelaten en in den vereischten vorm; dus: handelingen tot het proces (hier kan men zelfs proces in zijn oorspronkelijke beteekenis van processus, voortgang der zaak, nemen) betrekkelijk, in den behoorlijken vorm verricht, en van de zijde des verweerders ook die, waaruit een afstand van het verval voortvloeit, Bourbeau p. 638. Aanvankelijk kwamen naar het arrêt de regl. van 1692, art. 4, alleen handelingen in aanmerking van den verweerder, „la partie qui a acquis la péremption" en die dus daardoor toonde er geen gebruik van te willen maken. Volgens Pothier n°. 248 heeft het parlement van Parijs uitgemaakt dat het verval niet van rechtswege werkte maar door handelingen van den eischer kon worden gedekt, zoolang het niet aangevraagd was door den verweerder. Die jurisprudentie is in den Code overgegaan, art. 399 en bij ons in art. 221: „door eene der partijen verricht."

Het tijdsverloop waardoor het verval wordt bewerkt, is van drie jaren. Het wordt verlengd met zes maanden in gevallen waarin een eisch tot hervatting van het geding kan plaats hebben. Art. 279. Vereischt tijdsverloop.

Drie jaar is zeker lang genoeg. Het Ontwerp behoudt echter dien termijn. Het belgisch Ontwerp art. 26, acht twee jaren lang genoeg en Genève één jaar als regel en voor gevallen van hervatting twee jaar. Voor gevallen waarin een eisch tot hervatting kan plaats hebben, wordt de termijn met zes maanden verlengd, omdat hier voor het niet voortzetten van het proces een bepaalde reden (van schorsing) bestond. De Ontw. van 1865 den langen termijn behoudende, kon dezen ook voor die gevallen van hervatting voldoende achten.

Terecht liet het Ontwerp de bepaling van art. 280 weg dat de tijd loopt tegen den Staat, de openbare instellingen, minderjarigen en in het algemeen tegen alle personen zonder onderscheid. Het spreekt immers van zelf dat de regelen van het proces voor alle procedeerenden gelden als niet het tegendeel bepaald wordt. Dacht men soms ook hier aan de verjaring, dan hief reeds voor den Staat en de openbare instellingen art. 1991 B. W. allen twijfel op, terwijl men dan aan den anderen kant daarom van de minderjarigen moest spreken omdat voor hen verjaringstermijnen geschorst worden. Maar geeft dit niet wederom aanleiding tot de verkeerde gevolgtrekking als zouden de bepalingen omtrent de verjaring op alle andere termijnen van toepassing zijn? of als hadde men hier met eene verjaring te doen? Verg. toel. tot het Ontw. op art. 45, bl. 136.

In welke gevallen een eisch tot hervatting van het geding („der zaak" art. 279 § 2) kan plaats hebben, leert de 12de afd. van tit. III over het schorsen en het hervatten van het rechtsgeding. Daaronder behoort ook het geval dat de gestelde procureur is overleden of zijn betrekking heeft verloren. Toch werd de uitdrukkelijke bepaling van den Code, art. 397: „où il y aura lieu à demande en reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué" in het Ontw. v. 1827 (W. 1830 art. 235) opzettelijk geschapt. „Ce dernier cas n'existe plus dans le projet;" zeide de heer LE CLERCQ, „la partie pouvant toujours constituer un nouvel avoué, on ne voit pas la nécessité d'ajouter six mois aux trois ans, accordés pour demander la péremption dans cette circonstance." (NOORDZIEK t. a. p. 1ste ged. bl. 96.). Maar onze wetgever begreep in 1837 onder de redenen van schorsing en hervatting, de dood of verlies van betrekking van den

gestelden procureur in art. 254 4°, weer te moeten opnemen, terwijl deze in het Wetb. van 1830 (art. 218) weggevallen was. Die aanvulling van art. 254 geeft alzoo aan art. 279 § 2 den ruimeren omvang terug dien men daaraan vroeger ontnam, zonder dat dit artikel in zijne bewoordingen eenige verandering onderging. Opmerking verdient, in verband met de tusschen verval en verjaring aangenomen verwantschap, dat bij de interruptie, liever: schorsing van den termijn van verval, bij JOUSSE bl. 468 een beroep wordt gedaan op het: „contra non valentem agere non currit praescriptio."

Vordering tot vervallen-verklaring.

Het verval van de instantie wordt op de terechtzitting ui gesproken op daartoe door den verweerder gedane vordering bij eene eenvoudige akte aan de partij of aan hare woonplaats beteekend. De kosten van het vervallen geding worden voor gecompenseerd gehouden. Art. 282.

Waarin bestaat die eenvoudige akte? Volgens v. D. HONERT Formulierboek (ed. HEEMSKERK), n°. 135 in eene formeele dagvaarding, welke daar noodig schijnt geacht voor 't geval dat des verweerders procureur is overleden en de zaak niet is hervat. Het gevolg is zelfs blijkens de aant. i^6 op bl. 163, dat deze vordering dan geheel wordt behandeld als eene summiere zaak, hetzij bij verstek of op tegenspraak. Het is alsof 't nog niet genoeg geeft, nu reeds die noodzakelijkheid om 't verval te doen uitspreken tot tegenspraak aanleiding kan geven; het is alsof men absoluut een formeel proces op het andere stapelen wil, met een nieuwen eischer en een nieuwen gedaagde voor het geding over het verval! De wet wil eene eenvoudige akte (zie Dl. II bl. 115), dus geen dagvaarding en zij wil die eenvoudige akte voor alle gevallen zonder onderscheid. De bepaling van art. 400 C. de pr. wettigde in het daar uitgezonderd geval eene dagvaarding. Maar de uitzondering verviel. Derhalve doet de procureur des verweerders, en als deze geen meer heeft stelt hij een ander, eene akte beteekenen, waarin hij eenvoudig verklaart dat er drie jaren zijn verloopen en dat hij mitsdien concludeert dat het der rechtbank behage het verval uit te spreken, zooals dat bij v. D. HONERT in n°. 132 en nog korter bij OUDEMAN n°. 116 wordt voorgesteld. Zie OUDEMAN I § 147.

De beteekening geschiedt dan aan de wederpartij in persoon of te harer woonplaats. Dat bij de herziening in 1837 woonplaats in plaats van gekozene woonstede is gesteld voorkomt het bezwaar, dat ontstaan kon voor 't geval de eischer voor het oogenblik geen procureur

heeft en bij dezen, zooals gewoonlijk, woonplaats was gekozen; maar overigens wordt eene beteekening ter gekozene woonplaats niet uitgesloten. Dan zal de beteekening van zelf tot den procureur komen, al moet deze formeel niet aan hem gedaan worden. Zie Oudeman § 147; verg. arr. Amsterdam in W. n°. 5358. In die acte mag evenwel eene oproeping ter terechtzitting niet ontbreken. De Wetgever herinnert er zelf aan door van de uitspraak ter terechtzitting te spreken. Men zal toch wel niet, nà de beteekening, de oproeping ter terechtzitting aan de meest gereede partij willen overlaten? Het ligt in den aard der zaak dat, nu de procedure ter rolle regel is geworden, tot peremtie minder gelegenheid zal bestaan zooals dit vroeger reeds bij summiere zaken het geval was, nog minder nu ook, aan het door de praktijk (zie het aangehaalde arrest) berucht gemaakte, art. 79 zijn rechtverkrachtend vermogen bij de wet van 1886 n°. 230, is ontnomen.

Op die terechtzitting zal dan door den eischer de gevorderde uitspraak van het verval kunnen worden tegengesproken en zal dit incident tot pleidooien aanleiding kunnen geven en eene veroordeeling in de kosten van het incident ten gevolge kunnen hebben; doch doet de verweerder het verstandigst om tot de veroordeeling in de kosten van het incident alleen in geval van tegenspraak te concludeeren. Spreekt toch de eischer niet tegen en ontstaat alzoo over het verval geen eigenlijk geding — van verstek kan hier geen sprake zijn, — dan zullen ook de kosten daarvan, als kosten van het vervallen verklaard geding, voor gecompenseerd worden gehouden.

De uitdrukking der wet, dat de kosten voor gecompenseerd worden gehouden, maakt strikt genomen een uitspraak van den rechter daarover overbodig. Wat zal de uitspraak voor de partijen ook geven, nu de rechter toch niet anders kan of zou mogen doen dan compenseeren? een executorialen titel behoeven zij voor die kosten toch niet.

De compensatie van kosten is eene afwijking van de fr. wet. Art. 401 brengt ze ten laste van den vervallen verklaarden eischer. En dit terecht waar de verweerder de peremtie moet vragen. Men zegge niet: „l'instance est périmée; on ignore laquelle des deux parties eût triomphé, si on avait poussé l'affaire jusqu'au jugement définitif, on peut au moins croire qu'il existe des doutes fondés." Le Clercq bij Noordziek t. a. p. bl. 97. Want, is het niet de eischer die den verweerder tot den strijd uitdaagde en hem dwong tot dien strijd? En, waarom wordt bij formeelen afstand den verweerder aanspraak op ver-

goeding van kosten gegeven? Heeft het verval ook niet ten gevolge dat partijen tegenover elkander in den vorigen toestand worden teruggebracht en is dit voor den verweerder het geval, als hij de kosten voor zijne rekening houdt? Laat men het verval van rechtswege werken dan schijnt daaruit te volgen dat „la loi ne laisse subsister aucun germe de procès et de discorde" en dat ook daarom ieder zijn kosten moet dragen. Maar is dit rechtvaardig tegenover den verweerder die, blijkens het niet handelen des eischers, door dezen zonder reden op kosten is gejaagd? Mij dunkt, dat, hoe juist het zij het verval van rechtswege te laten werken, zijne gevolgen van rechtswege te doen plaats hebben, daarmede zelfs niet vervalt de bevoegdheid des verweerders om het verval te doen constateeren en dat de vorm waarin hij van die bevoegdheid gebruik kan maken ook daarom regeling behoeft, opdat hij dan tevens de veroordeeling des eischers in de kosten kan bekomen. Intusschen ligt in die uit het W. v. 1830 bijbehouden compensatie een terugkeer tot het vroegere fr. recht. „Lorsqu'une instance est périmée, leert POTHIER n°. 249, chaque partie porte les frais qu'elle a faits en cette instance." Zie ook CARRÉ ad art. 401 en de aant. van CHAUVEAU. Genève art. 277 en Italië art. 142 compenseeren ook.

Dat het geschil over het verval als eene incidenteele vordering behandeld moet worden ligt in den aard der zaak.

Gevolg van het verval.

Het verval van de instantie heeft ten gevolge dat het aangevangen rechtsgeding vervalt. De rechtsvordering, waarover het geding was aangelegd, blijft voor den eischer behouden. Hij kan die op nieuw instellen, indien zij niet door een andere oorzaak is te niet gegaan. In het nieuwe geding zijn partijen, de eene zoowel als de andere, gerechtigd om gebruik te maken van de eeden, gerechtelijke bekentenissen en verklaringen door haar in het vervallen geding afgelegd; ook de verklaringen van getuigen die overleden zijn behouden hare bewijskracht indien zij werden opgenomen in processenverbaal in behoorlijken vorm opgemaakt, art. 282 § 2, 283.

Waar van afstand of verval van de instantie gesproken wordt, wordt het onderscheid tusschen de rechtsvordering en den aanleg van het geding, waardoor men van het rechtsmiddel gebruik maakt, ondersteld. En wanneer men weet, dat juist het gebruik van het middel, het instellen van den eisch en het aanleggen daardoor van het geding,

bijzondere gevolgen heeft (zie Dl. II § 60) dan weet men ook dat de wetgever, als hij van verval of afstand van de instantie spreekt, geen onverschillig woord kiest maar juist daarop het oog moet hebben. Wat de eischer door het aanleggen van het geding verkreeg, dat gaat voor hem te loor; maar het middel zelf, de rechtsvordering blijft behouden, hier zoowel als bij den afstand. Het was dan ook eigenlijk niet noodig dit uitdrukkelijk in de wet te zeggen en de fransche wetgever begreep niet dat het alleen noodig werd daarvan te spreken, als de wetgever niettemin de in de vervallen procedure afgelegde verklaringen enz. wilde in stand houden. Wilde men die doen vervallen dan was het althans niet juist om te zeggen, als in art. 491: elle emporte seulement exstinction de la procédure sans qu'on puisse etc., want in procédure liggen al die acten opgesloten, terwijl de bijvoeging seulement wijst op eene beperking van de beteekenis van procedure nl. de procedure, voor zoover zij niet op den aanleg kan worden voortgezet, maar daarom nog niet datgene wat zij opleverde en dat ook nu nog daarvan bruikbaar is gebleven. Dat seulement zou dus juist instandhouding van de genoemde acten doen verwachten. In dien engeren zin werd het vernietigen van het geding opgevat in de oude fr. rechtspleging. „Quoique la péremption détruise l'instance, les enquêtes, rapports d'experts et autres actes probatoires qui ont été faits pendant le cours de l'instance ne laissent pas de subsister, et les parties peuvent s'en servir sur la nouvelle demande que le demandeur intentera, s'il est encore dans le temps de l'intenter, comme elles pouvaient s'en servir dans toutes les autres instances qu'elles auraient ensemble. C'est l'opinion de Barthole sur la loi properandum § 1 Cod. de Judic. Voyez aussi les arrêts rapportés par BRODEAU." Dus POTHIER t. a. p. n°. 250. Ook RODIER draagt dit gevoelen als algemeen aangenomen voor. T. a. p. onder XIX. Doch de fr. wetgever heeft, niettegenstaande de bedenkingen van vele Hoven van appèl, de, zooals men meende, strenge consequentie van het verval gewild en daartegen heeft CARRÉ zelfs de bekentenissen, eeden en verklaringen der partijen, hoe zonderling de uitsluiting daarvan z. i. werken moge, aan de uitsluitende bepaling van art. 401 (cf. LOCRÉ XXI. p. 150 en 503) niet kunnen onttrekken. Zie Q. 1451 en de aant. van CHAUVEAU voor de strenge beteekenis van het artikel. Bij de daar aangehaalde schrijvers nog te voegen BOURBEAU V. p. 548 sv. De belangrijke verandering die in het Ontw. 1827 (W. 1830 art. 239) in den fr. Code op dit punt gebracht werd en waarop de wetgever in 1837 niet terugkwam, werd met

klem van redenen verdedigd door LECLERCQ bij NOORDZIEK t. a. p. bl. 98, ofschoon hij te ver gaat met te meenen dat er geen uitdrukkelijke bepaling noodig zou geweest zijn voor deze beperking van het verval. Want hoe waar het zij: „La péremtion n'anéantit pas le droit", het is kennelijk geen juiste gevolgtrekking die hij daaruit afleidt; elle ne doit donc pas anéantir la verité manifeste et acquise sur laquelle il est fondé". Vloeit dan die vérité niet voort uit verklaringen afgelegd in het vervallen geding? Intusschen is de juistheid der bepaling erkend in het Ontw. 1865 art. 46, in het ital. Wetboek art. 441 §1, in het belg. Ontw. art. 29. *)

Dat de verklaringen van overleden getuigen alleen in aanmerking genomen worden is in overeenstemming met de bepalingen omtrent het voorloopig getuigenverhoor, artt. 880 en 881, ofschoon het slot van dit laatste artikel in art. 283 niet voorkomt. Het vereischte dat de verklaringen van getuigen moeten blijken uit processenverbaal in behoorlijken vorm opgemaakt, heeft ten gevolge dat van die verklaringen geen gebruik gemaakt kan worden in die gevallen dat van dat verhoor geen procesverbaal opgemaakt wordt, artt. 110 j. 200.

De bepaling moet natuurlijk beperkt worden tot die verklaringen enz. welke daarin worden genoemd. Zij strekt zich alzoo niet zoover uit als POTHIER dit aangeeft; berichten van deskundigen kunnen er bijv. niet onder begrepen worden.

De eischer kan de vordering op nieuw instellen, indien zij niet door eene andere oorzaak is te niet gegaan. Bijv. door verjaring; dewijl door het verval de stuiting der verjaring als gevolg van de dagvaarding (het instellen van den eisch) is vervallen (art. 2018), deze dus is doorgeloopen en alzoo

*) Opmerking verdient dat het verval van de instantie in de Civilprozessordnung niet voorkomt. Daaromtrent bevat de Begründung des Entwurfs de volgende toelichting op § 215 bt. 228: Das dem französischen Rechte eigenthümliche, auf einem Missverständnisse des römischen Rechts (l. 13 C. de jud. 8. 1 BUCHKA, die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materieelle Rechtsverhältniss II S. 52 ff WETZELL S. 907. 908.) beruhende Institut des Erlöschens des Verfahrens (Peremtion der Instanz) [zie de opmerking van BOURBEAU V. p. 540] welches in modifizirter Gestalt in das genfer Gesetzbuch, die badensche Prozessordn., den preuss., hess., bayer., nordd. und hannov. Entw. erster Lesung übernommen war, ist in den Entwürf nicht übergegangen und gleicherweise dem gemeinen und preussischen Procesrechte, wie den Prozessordnungen von Hannover, Bayeren, Würtemberg, den Entwürfen für Oesterreich und Sachsen fremd geblieben Gegenüber der durch ein Bedürfniss nicht gebotenen Neuerung, welche für einen grossen Theil Deutschlands in jener Einrichtung liegen würde, ist zu beachten, dass derselben das deutsche Rechtsbewustseyn (?) von jeher Widerstand entgegengesetzt hat, dass sie die Dispositionsrechte der Parteien verletzt, beabsichtigten Prozessverschleppungen wirksam nicht entgegentritt und darum ohne erhebliche geschäftliche Bedeutung ist (Verg. hannov. Prot. S. 1249 ff. 5188 ff., Würtemberg Motive a. a. O. S. 261, verhandl. der bayer. Kammer Beilagen Bd. II Abth. 2 S. 174. 175.)

ook afgeloopen kan zijn. „La péremtion d'instance n'empêche pas cependant que le demandeur ne puisse donner une nouvelle demande aux mêmes fins, s'il est encore temps de la donner. Mais si le temps de la durée de l'action se trouvait expiré, il ne pourrait plus donner l'action, car celle qu'il a donnée étant périe et ne subsistant plus, elle ne peut pas interrompre la prescription de l'action, et il arrive par là que la péremtion, en détruisant l'instance, détruit indirectement l'action." POTHIER n°. 249 Cf. RODIER t. a. p. onder III.

De actie zal evenwel ook dan met de instantie vervallen, wanneer de wetgever dit bepaalt. Zoo in het geval in art. 284. „La péremtion en cause d'appel comporte de plein droit la confirmation de la sentence dont est appel." JOUSSE ad art. 5 tit. XXVII der Ord. Zie echter ook RODIER op dat art. Zoo is het ook ontwijfelbaar, dat naar artikel 326 B. W. de actie zelve voor de erfgenamen verloren gaat wanneer het kind het geding drie jaren na de laatste procesacte mocht hebben onvervolgd gelaten. Wat voor het kind een verval van de instantie zou bewerkt kunnen hebben, bewerkt dat de rechtsvordering te niet gaat voor de erfgenamen. Daarover zijn allen het eens; ook de fransche schrijvers ten aanzien van art. 330 C. C. Maar de vraag, waarover pleegt gestreden te worden is deze: is de rechtsvordering voor de erfgenamen eerst verloren, wanneer er inderdaad een verval der instantie voldoende aan de daartoe in het Wetb. B. R gestelde vereischten heeft plaats gegrepen, of zal hier het verval en daarmede het te niet gaan der rechtsvordering ten opzichte van de erfgenamen met het verloop van de drie jaren van rechtswege plaats hebben? M. i. hangt de beantwoording dezer vraag af van deze andere: heeft de wetgever hier het verval van de instantie op het oog gehad of niet? Zoo geneigd als ik zoude zijn om die vraag voor art. 330 C C. bevestigend te beantwoorden, zoo komt mij voor onze wet hare ontkennende beantwoording de juiste voor. Terwijl de Code in art. 330 de woorden: „qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites" laat volgen op „à moins qu'il ne s'en fut désisté formellement" en op die wijze haast onafwijsbaar doet denken aan de péremption d'instance „die als „désistement présumé", tegenover „le désistement" (formel) pleegt gesteld te worden, en daarmede naar de beide in den Code de proc. geregelde instellingen schijnt te verwijzen, is er veel voor te zeggen, dat ook de dáár gestelde regelen voor beiderlei désistement hier toepasselijk zijn. Zoo zou dan, naar art. 339 C. de Pr. en ons art. 281, de vervallenverklaring

geeischt moeten zijn geworden om het gevolg daarvan te weeg te brengen. LOCRÉ, V. p. 187 bevestigt dit gevoelen. „Le Code présume le désistement tacite (de l'action) relativement aux héritiers si l'enfant a laissé trois années s'écouler sans donner suite à la procédure commencée. Il est difficile de croire qu'il veuille reprendre son action quand il a laissé ACQUÉRIR CONTRE LUI péremption d'instance." Kan dit „acquérir contre lui" van het eenvoudig onvervolgd laten gezegd worden of wordt daarmede niet daarop gedoeld, dat de tegenpartij daarvan gebruik maakt, den eisch gedaan en alzoo het verval der actie verkregen heeft? Maar wat onze wet betreft: de vermelding van den formeelen afstand is geheel weggevallen en daarmede zijn juist die woorden vervallen, welke ook bij dat onvervolgd laten der actie aan het verval doen denken. Wij hebben dus bij ons in art. 326 met geen verval der instantie te maken. Niet dat het door het kind aangelegd geding vervallen is, waartoe een eisch der tegenpartij naar art. 281 vereischt zou worden, maar het feit: dat het kind de actie onvervolgd liet, is voldoende om het recht voor de erfgenamen te doen verloren gaan. Dat niet voortzetten van 't geding alleen, al kon het het kind zelf niet van de actie berooven en voor hem de instantie zelf eerst doen verloren gaan als de verweerder dit vordert, is genoeg om zijn recht zóó twijfelachtig te maken, dat het voor zijn erfgenamen vervalt. En daarom doet het ook niet af, of het kind formeel afstand deed en of deze al of niet werd aangenomen; als die afstand dit gevolg maar heeft gehad dat hij er na drie jaren niet op terug is gekomen, is het recht voor de erfgenamen weg. Het argument dat bij een andere opvatting de slotwoorden van het artikel: „tenzij hetzelve" enz. overtollig zouden zijn, zouden mij die andere meening nog niet doen verwerpen. Immers in tegenstelling van het aanvangen van art. 325 zou het voortzetten in art. 326 zonder bezwaar ook het geval kunnen begrijpen dat een vervallen geding op nieuw wordt aangelegd. Verg. OPZOOMER II bl. 160 nt. 2, die een vervallen der instantie aanneemt maar de toepassing van art. 281 uitsluit. Bij FRUIN, groote uitg., worden op art. 326, zoowel art. 281 als 279 B. R. uitgeschreven. DIEPHUIS, V. bl. 89, acht hier geen vervallen van de instantie toepasselijk.

Aanm. Is de beperking in de gevolgen van het verval bij art. 283 bepaald, ook toepasselijk op de gevolgen van den afstand? Geen twijfel of dezelfde ratio welke voor het verval geldt is ook hier toe-

passelijk. En de ontw. 1865 had groot gelijk door op beide instellingen de bepalingen toepasselijk te maken. De regeling der beide instellingen gezamenlijk in ééne afdeeling kon de noodzakelijkheid daarvan ook moeilijk over het hoofd doen zien. De gelijkheid van de ratio wijst duidelijk aan dat de wetgever ook voor den afstand hetzelfde had moeten bepalen en dat hieruit eene ratio dubitandi ontstaat ligt voor de hand. Maar wat de uitlegger had moeten doen, indien de wetgever de gevolgen van den afstand niet had geregeld, dat wordt hem nu door de bepaling van art. 278 verboden. „Alles wordt over en weder in denzelfden staat teruggebracht als waarin de zaak was vóór de dagvaarding." Hoe wil men dan iets behouden van 't geen door of nà de dagvaarding plaats had? Men vergete ook niet dat, in onmiddellijk verband hiermede, nog een bijzondere bepaling omtrent de kosten wordt gemaakt die ook al niet met die ten aanzien van 't verval overeenstemt. De gestelde vraag moet alzoo ontkennend worden beantwoord. DE PINTO II § 209 bl. 414. OUDEMAN I § 144.

Kantongerechten.

De bepalingen omtrent het vervallen der instantie zijn ook op de procedure bij de kantongerechten van toepassing. Art. 125.

Het spreekt van zelf dat de eenvoudige akte van art. 282 bij het Kantongerecht niet anders dan eene dagvaarding zijn kan.

§ 88. I. MINNELIJKE SCHIKKING.

Bevoegdheid des rechters.

De rechter is bevoegd om in elken stand der zaak partijen te gelasten om voor hem te verschijnen ten einde eene minnelijke schikking te beproeven. Art. 19.

Verg. art. 19 W. 1830, art. 5, 6, 64 C. de pr. de Genève in verband met Loi sur l'org. jud. 5 Dec. 1822 tit VI. art. 77 svv.

Deze aan den rechter toegekende bevoegdheid vervangt de verplichte beproeving van minnelijke schikking van het fransche recht. Hoe groot de verwachting van deze laatste instelling ware, toen zij bij de wet van 1790 werd geregeld (Zie tit. X art. 1—7 dier wet in Dl. I Bijl. bl. XLVII), de uitkomst scheen daaraan zoo weinig te beantwoorden dat zij reeds in 1806, bij de beraadslagingen over den C. d. Pr., door vele Hoven van appèl eene „vaine formalité" werd genoemd en op hare afschaffing werd aangedrongen.

Werden haar nut en behoud door fransche processualisten, als

BERRIAT ST. PRIX en CARRÉ, bepleit, andere niet minder gezag hebbenden, als BONCENNE en BOITARD, spraken er een afkeurend oordeel over uit. Een hernieuwd onderzoek naar hare werking ingesteld, ten ten tijde dat de hervorming van rechterl. org. en rechtspleging door een prijsvraag aan de orde was gesteld, wees op gunstige resultaten die de instelling, althans op het platteland, had opgeleverd. Dus REGNARD de l'Org. jud. et de la proc. civile n⁰. 326, BORDEAUX Philosophie de la proc. civ. p. 405 svv. LAVIELLE Etudes sur l'administration de la justice civile, p. 19; waarmede instemt GLASSON, la réforme de la procédure civ. en France p. 20. Het fr. ontwerp van herziening van 1886 behoudt de beproeving van conciliatie bij den vrederechter vóór den aanvang van het geding, hetzij bij hem of bij de rechtbank aan te leggen, doch vereenvoudigt den vorm en bespaart daardoor kosten; ook verzekert het beter de uitvoering van eene tot stand gekomen minnelijke schikking. Verg. het Ontw. tit. I en de toel. bl. 8. SELIGMAN Réformes dont notre proc. civ. est susceptible, p. 169 svv. verklaart zich door de opmerkingen van REGNARD e. a. niet overtuigd. Hij geeft de voorkeur aan de wijze waarop de minnelijke schikking in het Wetboek van Genève geregeld is behoudens enkele wijzigingen. Bij ons werd een afkeurend oordeel over de verplichte conciliatie uitgesproken o. a. door MEIJER, Instit. jud. V. p. 271 svv. en over de conciliatie door tusschenkomst van den rechter in 't algemeen, VI. p. 559 svv. De Algemeene Manier van 1799 regelde, klaarblijkelijk onder den invloed van de fransche instelling van 1790, de verplichte poging tot bevrediging bij de Vredegeregten in de instructie en manier van procedeeren voor de Vrederegters art. 1—3. (Verg. Dl. II bl. 5); in het Wetb. van 1809 komt zij evenwel niet voor, doch art. 527 bepaalde dat in geene zaken welker aard dit toelaat, immer een rechtsingang verleend zal worden, dan nadat de rechter vruchteloos beproefd zal hebben partijen te vereenigen; het verlof tot dagvaarding (art. 559 sq.) staat hiermede in verband. In 1827 werd in het Ontw. B. R. hare afschaffing, die reeds 't gevolg was van de nieuwe rechterlijke organisatie, bekrachtigd en de verplichte conciliatie bij den vrederechter vervangen door de aan ieder rechter toegekende bevoegdheid om eene minnelijke schikking tusschen de voor hem gedingvoerende partijen te beproeven. Bij de openbare beraadslagingen van 6 Februari 1828 werd het nieuwe stelsel uitvoerig verdedigd door den heer LE CLERCQ (NOORDZIEK B. R. I IIe ged. bl. 16 v.); slechts één lid twijfelde of de ondeugdelijkheid

van het fr. stelsel wel bewezen was (DE MEULENAERE bij NOORDZIEK t. a. p. bl. 50), en maar ééne stem verhief zich in haar voordeel, die van den heer WARIN, bij NOORDZIEK bl. 54. Overigens vereenigde men zich algemeen met den verdediger van het nieuwe stelsel en de heer FOCKEMA herinnerde nog (bl. 34) hoe reeds in 't Wetboek van 1809 het fransche stelsel was verlaten. Niemand, ook niet de leden van de Commissie van redactie, wezen de bron van de nieuwe bepaling aan. Maar het is weinig twijfelachtig of men hier gevolgd heeft de Wetgeving van Genève, artt. 5, 6 en 64, waarin naar de bepp. der gewijzigde wet op de R. O., van 6 Dec. 1832 (hierboven aangehaald) verwezen wordt, en aan den rechter wordt overgelaten om die minnelijke schikking te beproeven op het tijdstip dat hem daartoe in ieder geval het geschiktst voorkomt. Zie BELLOT Exp. des Motifs, p. 27. Het beginsel dat alzoo in art. 19 omtrent de minnelijke schikking is aangenomen bestaat hierin, dat de rechter en wel dezelfde voor wien het geding gevoerd wordt, tot het beproeven eener schikking bevoegd is en dat het van zijn oordeel afhangt of en wanneer die beproeving zal plaats hebben. Verplichting tot het beproeven van verzoening is slechts behouden in gedingen tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en scheiding van goederen, waar de president van de Rechtbank daarmede is belast en de minnelijke schikking, vóór den aanleg van het geding zelf, moet beproefd worden. Artt. 819, 826 en 805. In het zoogenaamd geding tot ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed maakt de beproeving tot verzoening, hier bestaande in het afzien van het door beide partijen gedaan verzoek, door de Rechtbank zelve of een of meer harer leden, een gedeelte van de instructie der zaak uit, art. 257 B. W. Voorts wordt nog aan den rechtercommissaris in het faillissement de taak opgedragen om bij betwisting van schuldvorderingen in het verificatieproces, te trachten partijen te vereenigen, voordat hij ze naar de terechtzitting van de rechtbank verwijst, art, 122 faillissementswet; en aan den rechtercommissaris in het rekeningproces, de besprekingen van de partijen over de betwiste artikelen der rekeningen te leiden ten einde, ware het mogelijk, daaromtrent overeenstemming te verkrijgen, en een proces voor de rechtbank te voorkomen, art. 778.

De bepaling van art. 19 W. 1830 is in ons art. 19 eenigszins uitgewerkt. De argumenten die, bij die beraadslagingen in 1837, nog weder tegen het stelsel werden ingebracht, vooral dat dezelfde rechter de minnelijke schikking zou beproeven die tot beslissing van het

geschil geroepen was, waren in 1827 o. a. in de rede van de heer Le Clercq reeds voldoende weerlegd. In het ontwerp is aan art. 19 nog eene ontwikkeling gegeven in B II. tit. 1, 39—41.

Het belg. ontwerp verwerpt ook het fransche stelsel. Doch op 't voorbeeld van latere fr. wetten, bepaaldelijk die van 2 Mei 1855, is voorgeschreven dat voor den vrederechter geen dagvaarding mag worden uitgebracht zonder dat de partijen door den rechter bij brief zijn opgeroepen om voor hem te verschijnen. Een dergelijke oproeping voor den vrederechter of voor den president der rechtbank moet op 't voorbeeld van Genève, art. 5, plaats hebben voor alle gedingen tusschen echtgenooten, bloedverwanten in de rechte lijn en broeders en zusters. Voorts wordt, met uitbreiding van het Geneefsche stelsel, de beproeving van minnelijke schikking niet alleen bij den rechter, voor wien 't geding aanhangig is, overgebracht, maar dezen zelfs de verplichting opgelegd om al dadelijk op de eerste terechtzitting de zaak te onderzoeken met het oog op hare vatbaarheid voor minnelijke schikking en deze dan vóór alles te beproeven, terwijl hij ook gedurende den loop van het geding de bevoegdheid daartoe blijft behouden.

Wat nu die verplichte oproeping tot verschijning voor den kantonrechter betreft, wel te onderscheiden van de verplichte conciliatiebeproeving, Allard roemt in de toelichting op art. 18 sv. van tit. II Livre prélim. n°. XIV, p. 58 de gunstige resultaten daarvan verkregen, die wellicht daarin hare verklaring vinden, dat er nu nog geen kosten gemaakt zijn. Zie ook Glasson la réf. de la proc. civ. en France, die het aldus gewijzigd conciliatie-systeem zeer aanbeveelt en zelfs van het oude stelsel zegt dat het „a rendu d'immenses services" p. 26. Zie voorts het rapport in Exp. des motifs du projet pag. 8 svv. Overigens zal het daarbij allermeest op de persoonlijkheid der kantonrechters aankomen en moet, dunkt mij, de betrekking zelve met het oog op dergelijke werkzaamheid geregeld zijn. Ook bij ons zullen zij in dezen zin nuttig werkzaam kunnen wezen, en dit ook wel in de zaken die niet voor hen moeten gebracht worden, al kunnen zij in deze het initiatief niet nemen en al moeten zij afwachten dat eene partij of beide zich tot hen wenden, (art. 24 R. O. is op hen niet toepasselijk. Verg. Dl. I bl. 3de ed. bl. 149 v.) Is de zaak eens voor den kantonrechter gebracht dan heeft deze door de persoonlijke verschijning van partijen eerder aanleiding en gelegenheid tot het beproeven van eene schikking dan de rechterlijke colleges. Van een door dezen bij den aanvang

van het proces weinig kans en de verplichting om te onderzoeken bevordert, zou ik vreezen des rechters belangstelling niet, al werd dit, bij de beraadslaging over het Ontw. van 1827 ook door BEELAERTS en WARIN (NOORDZIEK bl. 47 en 54) doelmatig geoordeeld. BELLOT t. a. p. denkt aan gevallen dat de hoedanigheid der partijen en hunne onderlinge verhouding de poging tot verzoening alleen mogelijk maken vóór 't proces, terwijl de openbaarheid daaruit ontstaande elke latere poging zou doen mislukken.

Naar onze wet is alles facultatief. De rechter kan de verschijning gelasten in elken stand der zaak. Dus ook en dan wellicht nog met het beste gevolg: nà de pleidooien. Ik zou het volstrekt geen misbruik achten van dit artikel, wanneer de rechter het toepaste in het geval dat, zooals de heer WARIN 't min welwillend uitdrukte, hij zich verlegen mocht bevinden met de beslissing der zaak, in dien zin nl., dat de rechter zich zelven zou toeschijnen 't verstandigst te handelen indien hij een „non liquet" uitsprak, wanneer hem dit veroorloofd ware. Zie ook de rede van den heer LE CLERCQ t. a. p. bl. 17. De Civilprozessordnung verwerpt de verplichte oproeping tot minnelijke schikking die Genève voorschrijft voor gedingen tusschen echtgenooten en bloedverwanten, doch bevat overigens eene bepaling die vrij wel met die van onze wet overeenkomt, § 253 (thans § 296): „Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. — Zum Zwecke des Sühneversuches kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden." In de „Begründung" wordt, na afkeuring van alle verplichte oproeping tot of beproeving van schikking, behalve bij echtscheidingsprocessen, van deze bepaling gezegd: „Die den Gerichte durch § 253 beigelegte Befugniss, . . . entspricht der deutschrechtlichen Auffassung vom Richteramte und kann auch mit französisch-rechtlichen Anschauungen in keinem unlösbaren Widerspruche stehen, da der belgische Entwurf kein Bedenken getragen hat, dem Richter die gleiche Befugniss einzuräumen. Dass sich diese Institution bewährt hat, beweist der Umstand, dass sie von den neueren Prozessgesetzen (vgl. Hannover §§ 176, 66 Baden §§ 189 ff,, Würtemburg art. 309, Bayeren art. 221) beibehalten und von den neueren Prozessgesetzentwürfen (Preus. Entw. § 275, hannov. Entw. § 222, nordd. Enwt. § 376) in Vorschlag gebracht ist. . . . Kommt ein Vergleich zu Stande, welcher den geltend gemachten

Anspruch ganz oder theilweise erledigt, so ist derselbe durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen (Vgl. § 140 n°. 1.) Aus einem solchem Vergleiche findet die Zwangsvollstreckung Statt. §§ 638 n°. 1 639. Ueber die Kosten bestimmt der § 91.

Den rechter wordt de bevoegdheid gegeven in alle zaken. De algemeenheid van het artikel is daardoor boven twijfel. Maar als 't er niet stond en geene zaken werden uitgezonderd zou hetzelfde gelden. Men zegge niet: alle zaken is te algemeen, als zouden die zaken uit te zonderen zijn waarover geen dading is toegelaten. Deze zouden van zelf uitgesloten zijn, indien de minnelijke schikking altijd in eene dading zou moeten bestaan. Daar deze echter eenvoudig ook daarin bestaan kan, dat de eischer of gedaagde van 't voortzetten der procedure afziet door toe te geven, kan inderdaad de minnelijke schikking in alle zaken beproefd worden, zelfs in de zoodanige, waarin eene verzoening door den president te vergeefs werd beproefd.

Aanleiding tot bevel.

De rechter beveelt de verschijning van partij op verzoek van beide of van een hunner of ambtshalve.

Waar en hoe verschijnen.

De verschijning heeft plaats buiten de openbare terechtzitting en zoo het geding bij een college gevoerd wordt in raadkamer voor het college of een of meer commissarissen.

De rechter gelast de verschijning van partijen in persoon of door of met de praktizijns. Art. 19.

In het Wetb. van 1830 was van „een verzoek van partijen of een hunner" geen sprake. Dat van de partijen of een hunner zulk een verzoek zou uitgaan, dat zij, indien werkelijk dit verlangen bij hen opkomt nadat zij den strijd hebben aanvaard, zich tot den rechter zouden wenden, is nauwelijks te verwachten. Als zij 't niet met elkander en evenmin met behulp hunner praktizijns in orde kunnen krijgen, zullen zij dan dit wantrouwen in of die ongeschiktheid van hunne praktizijns in het licht stellen door de tusschenkomst des rechters in te roepen? En welke zal de houding van die praktizijns en hunne verhouding tot de partijen zijn, daar zij, althans de procureurs, hun bijstand zullen moeten verleenen om het verzoek, dat hun geen eer aandoet, bij den rechter in te dienen? Hierop kon de Regeering toch moeilijk het oog hebben, toen zij in 1837 de meer uitgewerkte bepaling

toelichtte met te zeggen „dat praktizijns die niet het voordeel van het oogenblik maar het vestigen van een goeden naam op het oog hebben, volvaardig hunne hulp zullen verleenen, en daarentegen bedoelingen van de zoodanigen wien het alléén om geldbejag te doen is, door den rechter kunnen worden tegengewerkt." V. D. HONERT op § 19 bl. 172, 2de kolom.

Het ontwerp spreekt alleen van „ambtshalve of op verzoek van EENE der partijen."

Voor het verzoek is geen vorm voorgeschreven Men behoeft er, dunkt mij, geen schriftelijke conclusie van te maken; niets staat aan een mondeling ter terechtzitting gedaan verzoek in den weg, waarvan desnoods acte kan verleend worden.

De rechter zal, hetzij tengevolge van het verzoek, hetzij ambtshalve, de verschijning bevelen bij een vonnis, waarbij hij, volgens art. 49, den dag en het uur der verschijning zal bepalen. Beteekening van dat preparatoir vonnis is niet noodig, art. 66.

Het hangt van den rechter af, of hij de partijen in persoon en dan alleen of met de praktizijns of ook door de praktizijns wil hooren. Het Wetb van 1830 kent evenals Genève slechts de verschijning van partijen alleen. Bij de herziening in 1837, toen de wetgever zich de zorg voor de praktizijns in 't algemeen bijzonder aantrok, werd eerst alleen verschijning in persoon of door de praktizijns voorgesteld. Dat verdedigde men toen met de straks medegedeelde opmerking. In 1827 wilde men echter zelfs geen gemachtigde toelaten. Toen zeide de Regeering: „de verschijning door zaakgelastigden is ondoelmatig; de strekking van de bepaling is om de partijen zelve door den rechter tot schikking te brengen." Men heeft ten slotte nog begrepen te moeten lezen; door OF MET hunne praktizijns, ten einde alle mogelijke ruimte aan den rechter te laten. Hoe zal met mogelijkheid eene schikking door de praktizijns tot stand komen? als zij van weerszijden met volle overtuiging het goed recht hunner clienten hebben bepleit? En moeten de partijen hun dan volmachten in blanco ter hand stellen? Heeft de rechter niet de bevoegdheid om, wanneer hij partijen zelve voor zich heeft, en deze tot geen besluit kunnen komen omdat zij vooraf met hunne praktizijns in overleg willen treden, hen te laten gaan en op nader dag en uur te bescheiden? Het Ontwerp laat te recht die verschijning door praktizijns weg.

Het is zeker een voordeel voor de minnelijke schikking bij den

kantonrechter dat deze alleen rechtspreekt. In de meeste gevallen toch zal eene minnelijke schikking gemakkelijker door één dan door drie of meer rechters worden tot stand gebracht. Daarom is de opdracht aan rechters- of raadsheeren- ('t geldt immers alle zaken?) commissarissen hier goed op haar plaats. Anders denkt hierover de Ontwerper van 1865, art. 39. Zie toel. bl. 134. De rechtercommissaris houdt geen terechtzittingen, maar ook een last des rechters om voor hem zelven te verschijnen brengt, in verband met de strekking dezer verschijning, eene zitting in raadkamer mede.

Zou de rechter de verschijning van ééne der partijen afzonderlijk kunnen bevelen als voorbereidenden maatregel bijv.? Dit ware m. i. in strijd met het verbod van art. 24 R. O.

Verschijnen partijen of een hunner niet dan zal de rechter wel naar omstandigheden een anderen dag kunnen bepalen. In het Ontw. wordt hem deze bevoegdheid uitdrukkelijk toegekend maar vooral in verband met de bevoegdheid van den rechter om, wanneer hij dit niet oirbaar acht of wanneer de verschijning vruchteloos afloopt, den dag te bepalen waarop de behandeling der zaak ter terechtzitting zal worden voortgezet of uitspraak gedaan zal worden, artt. 39 en 40. Een nieuwe oproeping ter rolle, vervalt daardoor. Bij de herziening van 1896 is dan ook een bepaling als die van het Ontwerp opgenomen in een aan art. 19 toegevoegd vierde lid. „Indien geene minnelijke schikking tot stand komt, bepaalt de rechter den dag, waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen." Daardoor wordt echter de bevoegdheid des rechters niet uitgesloten om bij niet verschijning van partijen of een hunner, naar omstandigheden, een naderen dag voor de verschijning te bepalen.

In den geregelden afloop der zaak ware, dunkt mij, beter voorzien indien het nieuwe lid dus ware gesteld: „Het vonnis, waarbij de verschijning wordt bevolen, bepaalt tevens den dag, waarop, indien geen minnelijke schikking tot stand komt, de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen."

Procesverbaal van de schikking.

Indien eene minnelijke schikking tot stand komt, wordt, wanneer partijen dit verlangen, een procesverbaal opgemaakt waarin de verbintenissen, door partijen bij die schikking aangegaan, worden opgenomen. Het wordt door partijen of hare gemachtigden onderteekend. De uitgifte van dit procesverbaal geschiedt in executorialen vorm. Art. 19 § 2.

Eene wezenlijke verbetering werd in art. 19 van W. 1830 gebracht door de bijvoeging eener bepaling, die het nakomen van de minnelijke schikking kan verzekeren en kan voorkomen dat er een nieuw geding uit het vereffend geschil ontsta. De bepaling stemt overeen met art. 1888 § 2 B. W., hetwelk om dezelfde reden geschrift vordert voor eene dading. Het moest hier evenwel aan partijen worden overgelaten. Er behoeven uit de minnelijke schikking geene verbintenissen voort te vloeien; partijen kunnen ook om andere redenen geschrift niet verlangen, dat altijd kosten veroorzaakt en dat zij overbodig kunnen achten. Maar werd door hen werkelijk eene dading gesloten, dan zullen zij bij gebreke van geschrift daaraan geene rechten kunnen ontleenen. De rechter heeft, waar partijen geen geschrift verlangen, alleen te constateeren dat de zaak is geschikt, waaruit niet meer dan een afstand van de instantie kan worden afgeleid; of dat de poging tot schikking vruchteloos afliep, waaruit de last tot voortzetting van het geding uit den aard der zaak zal voortvloeien. Alles wat verder op de comparitie voorviel behoort als niet geschied beschouwd te worden, als gelegen buiten het doel waarvoor deze was bevolen. Anders DE PINTO § 25 II, bl. 74. Zie echter ook OUDEMAN I § 10, bl. 35. PENNINCK op art. 19.

De bepaling van art. 19 dat het procesverbaal in executorialen vorm uitgegeven wordt is eene verbetering die men nu in Frankrijk voorstelt. Zie 't Ontwerp 1886 t. a p.

Behalve de onderteekening der partijen zal natuurlijk het procesverbaal de onderteekening behoeven van den rechter (de president van het college) en den griffier. De onderteekening door bijzondere gemachtigden slaat zeker op het geval dat de rechter mocht gelast hebben verschijning door de praktizijns. Dat onderteekening van de raadslieden wordt toegelaten wanneer deze met partijen tegenwoordig zijn, zooals 't Ontwerp toelaat, art. 41, heeft minder bezwaar, doch daarvoor behoefde geen bijzondere volmacht vereischt te worden, wat naar art. 19 het geval is. Nog beter ware het de onderteekening van partijen absoluut te eischen, en als zij niet kunnen teekenen, dit met de reden waarom, door den rechter in het procesverbaal te doen constateeren.

Wat de vraag betreft of, wanneer de rechtstoestand van partijen medebrengt dat geen dading voor hen getroffen kan worden dan met eene bijzondere goedkeuring des rechters, artt. 465, 364, 506 B. W.,

de schikking bindend is, zoodat dan ook zonder die bijzondere goedkeuring het procesverbaal in executorialen vorm kan worden uitgegeven, ik geloof die ontkennend te moeten beantwoorden. De wet onderstelt in art. 19 duidelijk dat zij partijen op het oog heeft die, zooals dit in den regel het geval is, de vrije beschikking hebben over hunne rechten. Het vereischte „dat de zaak voor minnelijke schikking vatbaar schijnt,'' is door de Regeering in dien zin uitgelegd dat dit alleen kan worden aangenomen voor 't geval, dat partijen bevoegd zijn eene schikking aan te gaan, (v. D. HONERT op § 19 a. h. e.) De bevoegdheid die hier aan den rechter in 't algemeen wordt gegeven om eene dading tusschen partijen tot stand te brengen, kan aan die partijen geene bevoegdheid verleenen welke, volgens andere uitdrukkelijke bepalingen, van eene machtiging na onderzoek en hooren soms van derden afhankelijk is. Die machtiging moet er zijn, opdat eene handeling kunne worden verricht welker verrichting de rechter, naar art. 19 optredende, ten slotte alleen constateert. Partijen tot schikking onbekwaam kunnen geen procesverbaal verlangen dat hunne verbintenissen uit die schikking voortvloeiende gerechtelijk executabel zou maken. In denzelfden zin OUDEMAN t. a. p. Anders DE PINTO t. a. p. bl. 73. Het door dezen rechtsgeleerde gebezigd argument, dat de wet niet onderscheidt, mag gelden als men dit art. 19 alleen op zich zelf beschouwt, niet, wanneer men, zooals 't behoort, non nisi tota lege perspecta, de strijdvraag beantwoordt. Zie echter ook v. ROSSEM op art. 19 n⁰. 3, bl. 51 v. Het is eene andere vraag, of de omstandigheden, waaronder deze rechter die handeling constateert, niet waarborgen genoeg opleveren om de anders noodzakelijke machtiging daardoor overbodig te doen achten. Dit is geene vraag de iure constituto, maar de iure constituendo, aan welker beantwoording men evenwel in dit geval groot gevaar loopt overwegenden invloed op het ius constitutum en zijne toepassing toe te kennen. In het Ontwerp bepaalt art. 41 dat, wanneer ingevolge de bepalingen der wet voor de geldigheid van dadingen eene rechterlijke goedkeuring wordt vereischt, die des rechters voor wien het geding aanhangig is, zonder verdere formaliteiten daarvoor in de plaats treedt. Dan kan ook voor dit geval de uitgifte in executorialen vorm zonder bezwaar toegelaten worden die volgens de slotbepaling van art. 41 alleen uitgesloten is, als de schikking aan de goedkeuring van het administratief gezag is onderworpen. Wanneer dan evenwel het administratief gezag zijne goedkeuring verleent dan is er geen executoriale titel en die goed-

keuring machtigt wel maar legt de verplichting niet op om aan de getroffen schikking gevolg te geven. Ware in dit bezwaar niet te voorzien door de afgifte van het procesverbaal in executorialen vorm ook hier toe te laten, doch daarbij te constateeren dat de schikking de goedkeuring van het adm. gezag behoeft en voorts in de wet tevens te bepalen, dat bij de executie een afschrift van de beschikking van het adm. gezag moet worden overlegd?

II. VERSCHIJNING VAN PARTIJEN. *)

Bevel des rechters.

De rechter is bevoegd in elken stand van het geding eene verschijning van partijen te bevelen.

Wanneer hij dit doet bepaalt hij bij het vonnis dag en uur waarop de verschijning zal plaats hebben. Art. 49.

Zonderling dat de bevoegdheid, waarvan hier sprake is, den rechter niet uitdrukkelijk gegeven wordt maar in art. 49 ondersteld wordt hem toe te komen en dat van de wijze waarop hij van die bevoegdheid gebruik kan maken, alleen datgene wordt vermeld wat wel van zelf spreekt. Het is als had men hier met zulk een gewoon en veelvuldig voorkomend incident te doen, dat het niet noodig was ervan te spreken. En juist het tegendeel is waar. De bevoegdheid moest als uit de vergetelheid worden opgedolven door v. D. S. in een uitnemend opstel in Themis 1857 bl. 188 vv. De Schrijver toont duidelijk, ook uit de geschiedenis van deze bepaling, aan dat, al kon zij bij de toepassing van art. 19 te pas komen, zij op eene zelfstandige instelling wijst; dat zij werd overgenomen uit art. 119 C. de pr. en dat zij in het fransche recht wel meer in 't licht kwam door een eenigszins uitvoeriger bepaling over hetzelfde onderwerp in art. 428 C. de Pr. in den titel: „procédure devant les tribunaux de commerce" voorkomende, doch dat zij ook dáár vrij wel ongeregeld is gebleven; dat evenwel de fransche schrijvers daaraan wel aandacht hebben geschonken, terwijl zij er vooral op uit zijn het onderscheid tusschen dit door den rechter gemeenlijk ambtshalve bevolen verhoor van partijen en het op verzoek van een der partijen bevolen verhoor op bepaalde vraagpunten (zie

*) Mr. v. D. S. Verschijning van partijen in persoon voor den regter in Themis 2de Verz. IV (1857) bl. 188; Mr. A. DE PINTO. Over de verschijning van partijen in persoon voor den regter in Themis t. a. p. bl. 517, G. L. MENS FIERS SMEDING Acad. proefschrift over art. 49 B. R. Leiden 1890.

art. 237 vv.) te doen uitkomen. (Als bron van art. 428 pleegt gewezen te worden op art. 4 tit. XVI ord. 1667: zie ook GARSONNET p. 435 n[t]. 3. Daaromtrent valt echter op te merken dat daar van de oproeping van één der partijen sprake is die niet verschenen was en dus niet voldeed aan de verplichting van partijen om voor de „juges et consuls" in persoon te verschijnen.) De Schrijver in Themis is van oordeel dat van dit middel van instructie groot nut te trekken is en beveelt het ter nadere regeling aan bij eene hervorming onzer rechtspleging. Zie ook BONCENNE II. 471. In het Ontwerp van 1865 wordt het dan ook nader geregeld in Titel II van het IIe B.: Van incidenteele vorderingen en aldaar in de elfde afd.: van het hooren van partijen waar het, in verband met het verhoor op vordering van eene der partijen en ook als in tegenstelling daarmede, onder het opschrift van het ambtshalve door den rechter bevolen verhoor, in artt. 114—117 en 118 wordt geregeld.

Behoort het dan evenals het „verhoor op feiten" tot de incidenten betreffende het bewijs? De toelichting schijnt het tegen te spreken. „Op het onzijdige standpunt" lezen wij daar bl. 161, „den rechter in onze procedure aangewezen, kan het zijne roeping niet zijn rechtstreeks erkentenissen van de eene of andere partij uit te lokken; hij mag geen bewijsmiddelen scheppen, maar moet recht doen op die, [d. i. zijne bewijsgronden putten uit die] welke hem worden voorgelegd. Het ambtshalve door hem bevolen verhoor heeft dan ook alleen ten doel de feitelijke toedracht der zaak, voor zoover hem die uit de schrifturen en pleidooien niet helder is geworden, door een rechtstreeksche aanraking met partijen zooveel mogelijk tot klaarheid te brengen." De bewijsmiddelen zijn beperkt en de gevallen waarin de rechter ambtshalve bevoegd is het bewijs door een dier middelen te doen leveren zijn in de wet aangewezen, art. 1977 B. W., art. 12 K., artt. 103, 199, 219, 222 B. R. Nu moge zijne bevoegdheid om eene verschijning te bevelen op hetzelfde beginsel berusten, dat hij nl. in staat moet zijn om over de aangevoerde feiten te oordeelen, ten einde die behoorlijk te kunnen waardeeren; de verwantschap van beide instellingen en de toepasselijkheid op beide van dezelfde regelen moge een behandeling van de eene met de andere in dezelfde afdeeling van één titel rechtvaardigen; beider karakter blijft niettemin verschillen zooals de straks aangehaalde toelichting dat aantoonde. En daarom meende ik gerechtigd te zijn, ofschoon het incident, zooals het naar onze wet geacht wordt te bestaan, niet strekt om het geding te stuiten of eene beslissing door

den rechter te voorkomen, het ook bij eene instelling, waarmede het om de formeele strekking de meeste verwantschap toont te hebben, onder dak te mogen brengen.

De straks genoemde verhandeling in Themis gaf Mr. A. DE PINTO aanleiding om in denzelfden jaargang enkele bladzijden (517—522) te wijden aan eene uiteenzetting van de regelen welke hij meent dat, bij de toepassing van deze instelling, in acht te nemen zijn, als ter aanvulling van zijne Handleiding, waarin hij zelf haar met stilzwijgen voorbijging. OUDEMAN wijdt er op bl. 61 enkele regelen aan.

Het vonnis waarbij de verschijning bevolen wordt behoeft niet beteekend te worden. Procedure.

De verschijning heeft plaats op de openbare terechtzitting. Van de daar afgelegde verklaringen kan acte gevraagd worden.

Verschijnt ééne der partijen, dan zal de rechter deze ook alleen kunnen ondervragen.

Verschijnen de partijen niet dan kan de rechter naar omstandigheden de voortzetting van het geding toelaten of weigeren.

Dat het vonnis niet behoeft beteekend te worden wordt terecht geleerd door DE PINTO in Themis t. a. p. bl. 519. V. D. S. bl. 195 acht het veiliger die met ROGRON en CARRÉ voor noodig te houden en OUDEMAN twijfelt aan de noodzakelijkheid niet. Hij acht beteekening voorgeschreven bij art. 66. Doch wij hebben hier met geen vonnis bij voorraad noch met een eindvonnis te doen. Het vonnis is, gelijk DE PINTO terecht opmerkt, *praeparatoir* en van eene eigenlijke tenuitvoerlegging is geen sprake. Wanneer de rechter de verschijning ambtshalve beveelt, wie zal dan beteekenen? Moet dan de voldoening aan een last des rechters ook al weer van de meest gereede partij afhangen? Moet de rechter dan zóó lijdelijk zijn dat hij zelfs daar waar hij handelend optreden mag, onmiddellijk in zijne activiteit verlamd kan worden door de partijen? En waartoe? De procureurs moeten op de terechtzitting tegenwoordig zijn en de partijen, waar zij in persoon of bij gemachtigde verschijnen, ook. Die er niet is mag minstens wel verplicht geacht worden te moeten vernemen wat er in zijn afwezigheid voorviel. En wat valt er te beteekenen? Of zou ook die anders zoo van zelf sprekende bepaling, dat het vonnis dag en uur der verschijning moet aanwijzen, niet daarin hare verklaring vinden dat nu meteen de

partijen alles weten wat zij om te verschijnen noodig hebben te weten? — Wordt daarentegen de last gegeven op verzoek van ééne der partijen, wat art. 49 niet uitsluit, en art. 428 C. de pr. duidelijk vooronderstelt, hoe vreemd het moge schijnen en hoe gering daartoe de aanleiding kan zijn, dan zal de partij die het vroeg het in haar belang kunnen achten, het vonnis te doen beteekenen, maar noodzakelijk is het ook dan niet. Dus schreef ik onder de oude wet. Na de wijziging welke art. 66 bij de herziening van 1896 heeft ondergaan, kan er van de noodzakelijkheid eener beteekening in geen geval sprake meer zijn.

Verschijning op de openbare terechtzitting. De raadkamer zou mij wel zoo geschikt voorkomen of althans eene terechtzitting met gesloten deuren, zooals het Ontwerp dit voorschrijft, art. 118. Zie de toel. bl. 165. Naar de fr. wet hing het van den rechter af, daar art. 428, waarin art. 119 voor de handelsgerechten wat meer was uitgewerkt, uitdrukkelijk zeide à l'audience OU DANS LA CHAMBRE. Waar de verschijning tot eene minnelijke schikking gelast werd, twijfel ik niet, of deze behoort in raadkamer plaats te hebben. Wat daar verricht wordt kan alleen in formeelen zin tot de instructie van het geding gezegd worden te behooren. Hier evenwel is de handeling eene handeling onmiddellijk tot instructie daarvan; daarmede wordt dus het geding tusschen partijen voortgezet. Daarvoor zijn, als er niets anders bepaald is, de terechtzittingen bestemd en deze zijn openbaar. Nu weet ik wel dat art. 20 R. O. den rechter de bevoegdheid geeft om gewichtige redenen de sluiting der deuren te bevelen, maar zal de rechter gebruik makende van deze hem in art. 20 toegekende bevoegdheid, welker zoo algemeene toekenning toch met de Grondwet (art. 156) niet volkomen overeenstemt, *) die gewichtige redenen in iets anders dan in de openbare orde of de zedelijkheid mogen zoeken? Zal hij die sluiting implicite voor eene geheele categorie van gevallen

*) Bij de herziening van 1887 heeft de Grondwetgever zich eenigszins naar den wetgever gevoegd. A. 161. Intusschen moeten ook nu de uitzonderingen op de openbaarheid van de terechtzittingen door de wet vastgesteld worden, terwijl de rechter in het belang der openbare orde en zedelijkheid van den regel kan afwijken. Men schijnt hier wel op de woorden: van den regel te moeten drukken. Waar de wet uitzonderingen vaststelt, schijnt den rechter toch niet de bevoegdheid toe te komen om in 't belang van de openbare orde en zedelijkheid de openbaarheid te bevelen. Ook mag de rechter het sluiten der deuren niet om alle hem gewichtig voorkomende redenen bevelen, zooals art. 20 R. O. dit toelaat, maar 't moeten altijd redenen van openbare orde en zedelijkheid zijn. De gedachte van den Grondwetgever zal wel deze wezen: Voor geheele categoriën van gevallen stelt de wetgever de uitzonderingen vast; de rechter is bevoegd de openbaarheid uit te sluiten waar in een bijzonder geval, om de bijzondere omstandigheden van de zaak, het belang van de openbare orde en zedelijkheid dit raadzaam doet achten.

kunnen aannemen, zonder te letten op de bijzondere omstandigheden van de bepaalde zaak?

Heeft de verschijning op de openbare terechtzitting plaats, dan kunnen de procureurs en advocaten niet alleen tegenwoordig zijn, maar, dewijl het hun toevertrouwde geding behandeld wordt, zijn zij er ook in hunne betrekking aanwezig. Dit zou zelfs 't geval zijn als de sluiting der deuren kon bevolen worden. In raadkamer zouden zij niet behoeven te worden toegelaten dan alleen om hunne clienten aan den rechter vóor te stellen.

Acte gevraagd. Ik geloof niet dat er reden kan bestaan voor opmaken van een procesverbaal. Verg. DE PINTO t. a. p. bl. 520. De rechter die ambtshalve tot opheldering van onduidelijkheid der feiten de verschijning beveelt, heeft geen reden een procesverbaal te doen opmaken; de partij die 't verzocht mocht hebben heeft het niet noodig; voor haar is, als soms eene bekentenis werd afgelegd, die zeker in de termen van eene gerechtelijke bekentenis zou vallen (Cf. art. 1962 B. W.) het in schrift constateeren door verleenen van acte voldoende, en dit kan eene der partijen natuurlijk ook vragen als de verschijning ambtshalve is bevolen.

Kan de rechter eene der partijen buiten tegenwoordigheid van de andere ondervragen? Had de verschijning in raadkamer plaats er zoude reden zijn, bij ontstentenis van een bijzondere bepaling, deze vraag op grond van art. 24 R. O. ontkennend te beantwoorden. Nu de verschijning op de terechtzitting plaats heeft, bestaat dat bezwaar niet en heeft de zaak haar voortgang als in andere gevallen, waar eene der gedingvoerende partijen in den loop van het geding niet verschijnt.

Dat wanneer eene der partijen niet verschijnt geenerlei indirecte dwang mag worden uitgeoefend door, naar aanleiding van art. 244, de feiten waarover de vragen loopen te houden voor erkend, is goed betoogd door de PINTO t. a. p bl. 521. BERRIAT ST. PRIX 5e ed., p. 319, PIGEAU Proc. Civ. I p. m. 315 en CARRÉ Q. 502 ook aangehaald bij v. D. S. leeren echter het tegendeel. Verg. echter CHAUVEAU bij CARRÉ Q. 502, 2°. en BONCENNE ald. aangeh. met wie GARSONNET instemt II § 311 p. 435. De tegenstanders stellen wel de punten van verschil tusschen het verhoor op vraagpunten en deze verschijning op den voorgrond, maar komen althans in dit opzicht tot verkeerde gevolgtrekkingen

omtrent de toepasselijkheid van de ten aanzien van het eerste geldende regelen. Wel kan ik aannemen, en vereenig ik mij ook hierin met DE PINTO, dat in de niet-verschijning of het niet antwoorden der partij door den rechter een vermoeden in haar nadeel mag worden gevonden. Hoe de weinig praktische regeling van het „interrogatoire sur faits et articles" aanleiding gaf om „la comparition personnelle des parties" daarmede in aard en strekking gelijk te stellen, zooals dat vooral bij GARSONNET t. a. p. duidelijk is, wees ik nader aan Dl. IV. 2e stuk bl. 239 van den 2den druk.

Heeft de rechter geenerlei indirecten dwang om partijen zijn bevel te doen nakomen? Verschijnen de partijen niet en blijven ook de procureurs weg dan wordt de zaak van de rol geroyeerd; maar de rechter zal zeker niet van rechtsweigering kunnen beschuldigd worden, wanneer hij de behandeling van 't geding niet wil laten doorgaan zonder dat voldaan is aan het bevel tot verschijning, dat hij overeenkomstig de hem bij de wet toegekende bevoegdheid gaf. Doch hij kan ook dan, gedachtig aan het spreekwoord: „met onwillige honden" enz., de voortzetting der zaak toelaten, waartoe hij ook wel zal moeten komen als de partijen op zijne vragen niet antwoorden of door hare antwoorden de feiten soms nog verwarder of onduidelijker maken dan zij reeds zijn. Art. 117 Ontwerp bepaalt dat, indien partijen of eene dezer op den bepaalden dag afwezig zijn, de rechter beveelt naar omstandigheden, dat de verschenen partij zal worden verhoord, dat partijen op een anderen dag voor hem zullen verschijnen of wel dat alsdan de behandeling der zaak zal worden voortgezet of uitspraak zal worden gedaan. Deze bepaling komt mij voor geheel met den aard der zaak overeen te stemmen en ook thans, bij het stilzwijgen der wet, te kunnen worden in acht genomen.

Aanm. Men ziet, dat hoezeer de instelling die wij in de laatste plaats bespraken in de wet wel erkend, doch nagenoeg ongeregeld is, zij toch ook door eene volkomen gerechtvaardigde interpretatie der wet voor toepassing wel vatbaar is. Onze wetgever heeft er blijkbaar niet veel aan gehecht. Het artikel passeerde bijna ongemerkt de beraadslagingen en aan eenige uitwerking schijnt niet gedacht, ofschoon die in 1837 bij art. 19 plaats vond, ook „om te kennen te geven dat de wet aan de aan te wenden pogingen tot minnelijke bevrediging van partijen veel gewicht hecht en zulks onder de plichten van den rechter

rekent." V. D. HONERT op § 19, bl. 172 2e kol. Geen wonder dat ook de rechter weinig aan de instelling van art. 49 hechtte en dat hij zelfs in 1857 „uit den verscholen hoek, waarin de bepaling van art. 49 in ons wetboek geplaatst is, door een ongenoemden, maar niet onbekenden, zeer kundigen regtsgeleerde is te voorschijn gebracht.". (Woorden van Mr. GODEFROI in Themis 1863, bl. 60.). Dat er niet druk gebruik van gemaakt kan worden evenmin als van art. 19, niettegenstaande de uitwerking daaraan ten deel gevallen, ligt in den aard der zaak. En dat men van de uitkomsten niet veel heeft te verwachten, heeft de ondervinding ten opzichte van art. 19 geleerd, en zou de ondervinding ten opzichte van een uitgewerkt art. 49 eveneens leeren. Wil men er iets goeds van zien dan moet er in die overdreven lijdelijkheid zelve van den rechter tevens verandering gebracht worden. Hoe wil men van een tot zulk een lijdelijkheid gedoemden rechter als onze wet verlangt en welke door de wijze waarop de wet wordt toegepast nog vermeerderd wordt, eenige opgewektheid tot een krachtig en gevolgrijk initiatief verwachten, waar hem de bevoegdheid daartoe slechts bij uitzondering is toegekend? Want dat het met die overdrijving der lijdelijkheid erg gesteld is bewees nog de herziening van art. 79 B. R. in 1886 toen een kundig rechtsgeleerde (Mr. A. F. K. HARTOGH) een inbreuk op het wettelijk beginsel der lijdelijkheid daarin zag, dat de rechter na partijen daarover gehoord te hebben een termijn zou bepalen, terwijl hij daarentegen geen bezwaar zag in eene schending van de fundamenteele beginselen omtrent de dagvaarding en dat de wetgever hem daarin volgde. Zie Mr. HARTOGH in Weekbl. v. h. Recht n°. 5218 en dezelfde in de Tweede Kamer, Handel. 1886— 1887 bl. 103. Verg. het advies van Mr. PIJNAPPEL in de Eerste Kamer, Handel. 1886—87. bl. 106. Dat bij de herziening van 1896 's rechters invloed op eene korter en spoediger instructie van het geding eer verminderd dan vermeerderd is, meen ik indertijd bij de beraadslagingen in de Eerste Kamer over het voorstel HARTOGH te hebben aangetoond. Zie mijne Adviezen bl. 18 vv. en de aanteekeningen bl. 65 vv.

De bevoegdheid den rechter bij art. 144 § 2 toegekend om bij de pleidooien ophelderingen te vragen, waarover ik uitvoeriger sprak in Dl. V. bl. 149 vv. heeft niet dezelfde strekking als het doen verschijnen van partijen waarop art. 49 het oog heeft. Aan deze laatste bepaling kan derhalve, onverminderd de toepassing van art. 144 § 2, door den rechter gevolg worden gegeven.

AFDEELING V.

INCIDENTEN IN VERBAND STAANDE MET DEN STAAT DER PARTIJEN EN DE PROCUREURS.

Wanneer er redenen zijn waarom eene der partijen buiten staat geraakt het geding voort te zetten, wanneer zij sterft of hare bevoegdheid om in rechte op te treden vervalt, dan wordt daardoor de verplichting tot voortzetting van het proces, al kan zij die zelve niet nakomen, niet opgeheven. Toch moeten dergelijke voorvallen van zelf op de voortzetting van het proces van invloed zijn. Evenzoo wanneer de procureur van eene der partijen sterft of uit zijne betrekking geraakt. De partijen kunnen immers in het proces voor de rechterlijke colleges niets zonder tusschenkomst van een procureur. De invloed van deze en dergelijke omstandigheden behoeft, dit ligt voor de hand, nadere regeling in de wet. Wij vinden deze in de 12de afdeeling van titel III van het eerste boek onder het opschrift: *Van het schorsen en het hervatten van het rechtsgeding*, voor een goed deel ontleend aan den 17den tit. van het IIe B (Ie partie) van den Code de pr.: *des reprises d'instance et constitution de nouvel avoué*. Zeker hoeft er in deze gevallen een incident in het geding plaats en eene incidenteele procedure kan er het gevolg van zijn. Wij hebben dus het recht om het straks gemelde onderwerp te brengen tot de *incidenten die tot den staat der partijen en tot de procureurs betrekking hebben*.

Maar er is nog eene andere omstandigheid waarin de procureur, nl. door zijne handelingen, aanleiding tot een incidenteele procedure kan geven. Van deze wordt in de 13de afd. van den IIIn titel gehandeld onder het opschrift: *Van ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen*.

Wij hebben alzoo in deze afdeeling twee hoofdonderwerpen te behandelen:

I. *De schorsing en hervatting van het rechtsgeding.*

II. *De zg. ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen.*

§ 89. SCHORSING EN HERVATTING VAN HET RECHTSGEDING.

Oorzaken; vereischten voor hare werking.

Schorsing van het rechtsgeding kan plaats hebben door de volgende oorzaken:.

1°. door den dood van eene der partijen;

2°. door zoodanige verandering in den staat van eene der partijen waardoor zij onbekwaam wordt een geding te voeren;

3°. door het ophouden van de betrekking waarin door eene der partijen het proces gevoerd wordt.

De schorsing heeft in deze gevallen geen plaats wanneer het geding in staat van wijzen is, hetgeen aangenomen wordt het geval te zijn zoodra de conclusiën op de terechtzitting zijn genomen.

De genoemde oorzaken van schorsing werken echter niet zoolang zij niet van wege belanghebbenden aan de tegenpartij zijn beteekend, zoodat, zoolang deze beteekening niet heeft plaats gehad, het rechtsgeding kan worden voortgezet. Eerst na deze beteekening zijn alle proceshandelingen daarna verricht nietig en zonder gevolg.

4°. heeft schorsing plaats door den dood of het verlies van betrekking van een in het geding optredenden procureur.

Deze oorzaak van schorsing heeft geen plaats wanneer het geding door den afloop der pleidooien in staat van wijzen is.

Zij vereischt geene beteekening en bewerkt vanzelf de nietigheid der na dit voorval verrichte proceshandelingen.

Wordt een geding schriftelijk behandeld, dan heeft de schorsing niet plaats nadat de instructie is afgeloopen, of de wettelijke termijnen verloopen zijn. Artt. 254, 255, 256.

De reden waarom ik de mogelijkheid van schorsing in de bovenstaande gevallen onderstel en niet met den wetgever in art. 254 positief spreek: „De loop van het rechtsgeding wordt geschorst,” ligt niet alleen daarin dat, volgens art. 255, het rechtsgeding zoover gevorderd kan zijn, dat er in de aangegeven gevallen geen schorsing plaats heeft, maar voornamelijk daarin dat de schorsing, waar zij dan kan plaats hebben in de drie eerste gevallen, eerst werkt tengevolge van de beteekening der oorzaak van wege belanghebbenden aan de tegenpartij (art. 256 § 1) en dat zelfs, wanneer zij in het 4de geval van zelf plaats heeft, volgens art. 256 § 2, toch niet altijd inder-

daad het geding geschorst wordt. De wetgever heeft kennelijk, en zonder daarbij aan de verdere uitwerking te denken, de schorsing te veel op den voorgrond geplaatst.

Het is niet te ontkennen dat eene hervatting van het geding eene schorsing daarvan schijnt te onderstellen; noodzakelijk is echter eene schorsing niet; er kan niettemin van eene hervatting sprake zijn. Wanneer in een geding, waarvoor de vertegenwoordiging door procureurs verplicht is, eene partij sterft, dan vervalt daardoor de last op den procureur verstrekt; hij kan dientengevolge niet meer voor de partij optreden. Intusschen zijn de erfgenamen verplicht jegens de tegenpartij om het proces voort te zetten; maar nu zullen, willen zij proceshandelingen doen verrichten, deze namens hen moeten worden gedaan. Indien nu eene proceshandeling namens den erflater op een eenigszins langen termijn te verrichten was, dan kunnen zij die, zonder eenige stoornis in het proces, op hun naam doen verrichten, en zonder dat er dus van schorsing sprake behoeft te zijn wordt het proces, waaraan de erflater ontviel of dat den erflater ontviel, door hen weder opgenomen, m. a. w. hervat. In ieder geval is het licht verklaarbaar dat, bij zoodanige voorvallen in het proces als waarvan bij schorsing de rede is, voor den wetgever het zwaartepunt ligt of moet liggen in de hervatting: hoe nl. de erfgenamen of andere opvolgers van eene partij die niet meer kan procedeeren de haar ontvallen taak op zich kunnen nemen en zelve tegenover de tegenpartij het proces verder zullen kunnen voeren.

Zoo stond de reprise d'instance op den voorgrond in de Ord. van 1667, ofschoon deze zelfs geen afzonderlijken titel over dit onderwerp bevatte. De 5 eerste artt. van den XXVI titel: de la forme de procéder aux jugements et des prononciations, hadden er betrekking op. Nadat art. 1 bepaald had dat de uitspraak van het vonnis niet werd uitgesteld om den dood van de partijen of hare procureurs zoodra „l'instance ou procès sera en état," bepaalde art. 2: „Si la cause, instance ou procès n'estaient en état; les procédures faites et les jugements intervenus depuis le décès de l'une des parties ou du procureur, ou quand le procureur ne peut plus postuler soit qu'il ait résigné ou autrement, seront nulles s'il n'y a reprise ou constitution de nouveau procureur." Uit de volgende bepalingen bleek nu wel dat eene schorsing van het proces het gevolg kon zijn, maar er werd niets uitdrukkelijk van gezegd. De fr. wetgever heeft in art. 342 en vv. klaarblijkelijk den gedachtengang van de Ordon-

nantie gevolgd, al deed de navolging van POTHIER's systematische behandeling van de burgerlijke rechtspleging, in zijn traité de la procédure civile, aan het onderwerp een bijzonderen titel wijden. Doch hij volgde POTHIER niet, al was diens behandeling in een leerboek te billijken, waar deze in afzonderlijke sectiën: de l'interruption des instances en: des reprises d'instances et constitution de nouveau procureur handelt. Dit laatste punt, daarop kwam het voor het proces aan en de aanhef van de 1ste §. des reprises d'instances bij POTHIER rechtvaardigt, evenals de inhoud van tit. XVII van den Code zelf, het opschrift: des reprises d'instance et constitution de nouvel avoué.

Had de fr. wetgever vooral het oog op de eischen van het proces, hij zag de eischen en gevolgen van de bepalingen en beginselen van het materieële recht zelfs voorbij, toen hij verandering van staat en ophouden van de betrekking niet als redenen voor het niet voortzetten der procedure wilde aanmerken, (art. 345.) Onze wetgever nam die in art. 218 W. 1830 weder op, doch zag weer de eischen van het proces over het hoofd, toen hij den dood en verlies van betrekking van procureur niet onder de redenen van schorsing opnam. Of hij, ook toen hij in 1837 deze omissie herstelde, zich van de beginselen waarop de schorsing en hervatting behoort te steunen, behoorlijk rekenschap heeft gegeven, zou ik betwijfelen. Maar is het moeilijk te zeggen, wat de fransche wetgever heeft bewogen tot de veranderingen in het vroegere recht, niet anders is het met de wijzigingen die onze wetgever in het fransche wetboek maakte en die, waardoor hij daarop weer terugkwam. Bij LOCRÉ wordt alleen eene zeer korte en zeker niet alles ophelderende opmerking medegedeeld, die in den franschen Staatsraad omtrent de afwijking van het vroegere recht werd gegeven, LOCRÉ XI p. 299 n⁰. 27, en overigens vinden we van de bepalingen van tit. XIX alleen eene zeer onnauwkeurige paraphrase van den Tribun PÉRIN, aldaar p. 625, n⁰. 49-50. Even laconiek ging het bij ons toe bij gelegenheid van de behandeling van het Ontwerp van 1827. Geen van de afdeelingen had over de bepalingen iets op te merken en de heer LE CLERCQ, die, met zooveel zorg, vele van de in den Code gebrachte wijzigingen toelichtte en verdedigde, had hier niets te zeggen dan: „Je ne parlerai ni des suspensions et reprises d'instance, ni . . .; l'utilité et la nécessité des dispositions du projet, relatives à cette matière sont assez claires, assez palpables, pour qu'on puisse se dispenser d'en parler." NOORDZIEK B. R. 1827—28 I bl. 94. Bij de herziening in 1837 had men volgens de aanteekening van V. D. HONERT (Inleiding op de 12de afd.) niets

anders te zeggen, ten opzichte van de wijzigingen die in het W. 1830 waren gebracht, dan: „Men meent daardoor gapingen te hebben aangevuld, en heeft tot dat einde eenige bepalingen van het fransche Wetboek overgenomen; men vertrouwt dat de geregelde afloop van een aldus geschorst en hervat geding in de onderscheiden artikelen, en derzelver verband met de geheele manier van procedeeren, zoodanig als die in dezen derden titel is voorgesteld, zoozeer zal in het oog vallen, dat dezelve geene bijzondere toelichting behoeven." Zie de Memorie van toelichting in Handelingen van de Staten Generaal 1836/37 bewerkt door VAN ERKELENS en JUNGMANS. Bijl. bl. 225. Ook hier zocht men dus de verbetering weder in een trouwere navolging van den Code. Dat onze oud-hollandsche rechtspleging eenigen invloed had schijnt niet aannemelijk. MERULA handelt van ons schorsen en hervatten als een gevolg van den dood der partij of van haren procureur op grond van het ophouden van lastgeving door den dood. L. IV, cap. 7. GROTIUS, Isagoge ed. de PAPE II. c. 6. § 7. Het Wetboek van 1809 bevat in art. 645—647 bepalingen voor het geval dat een der partijen hangende het proces *ophoudt persoon te hebben of sterft* en onderwerpt in art. 648 aan dezelfde bepalingen het geval dat de *praktizijn van eene der partijen overleden is of zich ter rolle van de zaak ontslagen heeft.* Het volgde daarin de Alg. Man. van 1799. Zie art. 95 en 96 van de man. v. proc. voor de civiele rechtb.

De Ontwerper van 1865 wees den goeden weg toen hij opmerkte dat het bij dit geheele moeilijke leerstuk van groot belang is den waren rechtsgrond van het recht tot schorsing en de daaraan steeds verbonden verplichting tot hervatting van het rechtsgeding voor oogen te houden. Maar of hij daarbij BOITARD tot een veiligen leidsman heeft gekozen en op diens gezag terecht aannam, dat de schorsing haar eenig motief vindt in het rechtsbeginsel, dat niemand mag worden veroordeeld voordat hij persoonlijk in de gelegenheid is gesteld zich voor den rechter te verdedigen of zijn vertegenwoordiger de tot dat einde noodige instructie te geven (zie de toel. bl. 143 en 144), meen ik te moeten betwijfelen. Daarbij werd het oog te veel op het proces en nog wel op de uiterlijke werking der procesregelen gevestigd en de invloed van het materieele recht uit het oog verloren. Voor zoover de in het Ontw. voorgestelde bepalingen op dat beginsel steunen en dientengevolge de schorsing beschouwen als een gunst voor de partij wier toestand tot schorsing aanleiding geeft, kan ik daarin geen verbeteringen van

het bestaande zien. Maar den weg dien de Ontwerper aanwijst, het ware karakter van deze instelling uit haren rechtsgrond op te sporen, zullen wij volgen en hopen daarbij ten aanzien van het leerstuk, zij het dan ook niet in allen opzichte ten aanzien van onze wet, tot een bevredigend resultaat te komen.

Wij houden ons in de eerste plaats, evenals de wet, aan het proces voor de colleges, dus met procureurs. De instelling van de schorsing en hervatting van het rechtsgeding staat onder den invloed van de materieelrechtelijke leerstukken van het tenietgaan van lastgeving door den dood en door verandering van staat of ophouden van betrekking, van den overgang van rechten en verplichtingen op erfgenamen, en van de bevoegdheid om in rechte op te treden voor zoover deze van den staat der personen afhangt. Voorts staat zij in nauw verband met het procesrechtelijk beginsel van de verplichte vertegenwoordiging en de verplichting van de eene partij jegens de andere om een aangevangen proces voort te zetten. Ik heb voorshands alleen het oog op de drie eerste redenen van schorsing.

De dood van eene der partijen doet den op haren procureur verstrekten last vervallen, 1850 B. W., maar is daarin op zich zelf een voldoende reden om het geding te schorsen? Zeker zullen de erfgenamen niet kunnen voortprocedeeren zonder procureur en de tegenpartij zal geen procureur tegenover zich hebben voor mededeelingen, beteekeningen, enz., maar de erfgenamen, die in alle rechten en verplichtingen van hunnen erflater opvolgen, zullen toch ook de verplichting des erflaters om 't aangevangen proces voort te zetten op zich nemen; zij moeten dus ook den procureur op nieuw of een ander in diens plaats aanstellen en waarom zal dan 't proces intusschen niet voort kunnen gaan evenals in 't geval dat eene partij haar procureur herroept en niet onmiddellijk een ander in zijne plaats aanstelt? art. 146. Omdat in dit laatste geval eene partij door geen ander procureur te stellen zich zelve buiten de mogelijkheid zou plaatsen om de verplichting tot voortzetting van het proces na te komen. Terecht wordt daarom eene herroeping zonder nieuwe aanstelling van de tegenpartij als niet bestaande aangemerkt, (art. 146, verg. art. 1852 B. W.). Maar als de partij overleden is, is de procureur een lasthebber zonder last en alleen, indien hij onbewust ware van het overlijden van zijn client zou hij kunnen voortprocedeeren (art. 1855 B. W.). De erfgenamen daarentegen kunnen reeds daarom niet volstrekt gehouden zijn dadelijk een procureur te stellen,

omdat zij daardoor de hoedanigheid van erfgenaam zouden aannemen en, kan de voortzetting van het proces geen plaats hebben zonder dat zij deze handeling verrichten, dan mag hun toch in ieder geval de tijd gelaten worden om 't zij zij den eischer of den gedaagde opvolgen, te beoordeelen, cedere an contendere velint. Want, al volgen zij in de zaak des erflaters op, dit is van nu af hunne zaak geworden. Zelfs wanneer de aanvaarding van de erfenis geenerlei zwarigheid ontmoet, ware het met recht en rechtvaardigheid in strijd het proces, als bij eene eenvoudige herroeping, op naam van den door den erflater gestelden procureur te laten voortgaan. Hoe kan nu, onder deze omstandigheden, tevens worden gezorgd dat de belangen van de tegenpartij, die op voorzetting van het proces recht heeft, niet meer dan noodzakelijk worden benadeeld?

Wanneer de procureur van de overledene partij van dezer dood onbewust is, kan hij voortgaan en zijne handelingen zullen evenals die van de tegenpartij, deze natuurlijk a fortiori, geldig zijn. Maar ook wanneer de procureur van de overleden partij van dier dood bewust voortging, mag er geen bezwaar gemaakt worden om zijne handelingen tegenover de tegenpartij en die van deze, als geldig te erkennen, daar zij, zoolang het overlijden haar niet bekend is gemaakt, dit rechtens beweren mag niet te kennen. Immers, wanneer de procureur wiens last eigenlijk door den dood ophield, geene handelingen verder verrichtte, zou de tegenpartij de zaak kunnen voortzetten en als op tegenspraak behandeld doen beslissen. Opdat derhalve het overlijden van eene partij tegenover de ander eenig gevolg kunne hebben, moet haar dit beteekend worden. Natuurlijk door den procureur die zijn last vervallen ziet en dus de reden opgeeft waarom hij niet verder handelen kan? Art. 3 van de Ord. zeide 't uitdrukkelijk en de fr. wetgever onderstelde dat men dit begrijpen zou, zonder dat hij het zeide. Het Wetb. van 1830 ging evenwel duidelijk van de onderstelling uit dat de beteekening van wege de erfgenamen moet plaats hebben (art. 220), en onze wet wijst hen met name aan, als hij in art. 256 zegt dat de oorzaak van schorsing van wege de belanghebbenden moet worden beteekend met verklaring dat het rechtsgeding wordt hervat, enz.; eene verklaring die natuurlijk alleen van de erfgenamen kan uitgaan (Verg. rechterl. uitspraken bij v. OPPEN Pasicrisie in v⁰. n⁰. 18 en 1e Vervolg bij n⁰. 40 bl. 446. Zie nog Rechtbank 's Gravenhage 18 September 1894 W. 6589, arr. H. Raad 20 Maart 1896 W. 6784 en Mr. v. ROSSEM op art. 257 onder n⁰. 2. Anders Hof Arnhem 2 Januari

1897 W. 7012.) Zoude men gemeend hebben, dat die beteekening, welke in het fr. recht van den procureur uitging, door deze namens belanghebbenden werd gedaan? Dit is niet te gelooven en de bepaling dat de verklaring van hervatting eene nieuwe procureurstelling moet bevatten, geeft ook aan, dat die belanghebbenden op dit oogenblik geen procureur hebben. Er is dus eene verandering in den Code gemaakt. Berust deze op goede gronden? M. i. niet. Ik wil niet drukken op het informeele van eene beteekening in een proces met procureurs van wege belanghebbenden zelve buiten ministerie van een procureur. Er zijn gewichtiger bezwaren. De erfgenamen moeten, indien zij den voortgang van het proces willen voorkomen, dewijl tot aan de beteekening van het overlijden alle handelingen geldig zijn, zoo spoedig mogelijk beteekenen, art. 256. Zij kunnen zich wel is waar tot die beteekening bepalen; zij behoeven daarbij niet te verklaren dat zij het geding hervatten, maar zullen zij die beteekening kunnen doen en zich op die wijze in een tegen den erflater aanhangig proces inlaten, zonder stilzwijgend te aanvaarden? Is het zoo duidelijk dat deze daad alleen eene daad is van bewaring? (art. 1095 B. W.), en zouden de erfgenamen, als zij zich beraden, niet verlof van den rechter noodig hebben tot deze handeling? art. 1073, 1074 B. W. Eindelijk: zal de tegenpartij de erfgenamen die deden beteekenen tot hervatting kunnen dagvaarden en niettemin hunne qualiteit betwisten, of, omdat zij die niet erkent, de beteekening als niet geschied beschouwen? Het maakt ook een zonderlingen indruk wanneer de wetgever deze voorstelling van de zaak geeft, alsof de beteekening met een hervatting zou moeten gepaard gaan, art. 257, wat dan naar art. 258 toch weer blijkt geen imperatief maar een facultatief voorschrift te zijn.

Hoeveel natuurlijker en eenvoudiger is de loop der zaak en hoeveel gemakkelijker worden al de gedane vragen vermeden, als die beteekening van den procureur uitgaat, die daarbij met de kennisgeving van het feit alleen de reden aangeeft waarom hij niet langer optreedt! Nu kunnen de erfgenamen, door den procureur natuurlijk op de hoogte van de zaak gebracht, zich beraden. Zij kunnen, als zij willen en geen bezwaar hebben, het geding vrijwillig hervatten en doen dit beteekenen. Gebruiken zij daartoe denzelfden procureur, wat waarschijnlijk is, dan zou, wanneer die beteekening van hunnentwege door dien procureur geschiedt, eene nieuwe procureurstelling wel achterwege kunnen blijven en de bevestiging of hernieuwde aanstelling van den ouden wel stilzwijgend kunnen worden aangenomen. Nu zal, naar art. 258, zelfs eene

verklaring van hervatting van het rechtsgeding zonder procureurstelling kunnen plaats hebben, met dit gevolg evenwel, dat dan het geding niet formeel hervat is, maar tot hervatting door de tegenpartij moet worden gedagvaard waarop dan nog weer de nieuwe procureurstelling moet volgen.

Hebben evenwel de erfgenamen vooralsnog tegen de hervatting bezwaar, zij zullen geen handeling behoeven te verrichten die hun recht van aanvaarding of beraad twijfelachtig kan maken. Zij wachten de dagvaarding tot hervatting af, hebben dan den termijn die aan ieder gedaagde is toegekend om zich te beraden: Cedere an contendere velint, en dragen, als zij zich in die termen bevinden, zonder vrees van hun recht daartoe verwerkt te hebben, de exceptie van beraad voor. De tegenpartij kan de dagvaarding doen uitbrengen aan de gezamenlijke erfgenamen volgens art. 4 n°. 6 en, loopt geen gevaar eene handeling te verrichten waardoor zij hunne qualiteit zou hebben erkend.

Ik resumeer: Wanneer de beteekening van den procureur uitgaat zou daardoor de tegenpartij van zelf verhinderd zijn om rechtsgeldige handelingen te verrichten en de schorsing zal met den wil der erfgenamen van korten duur kunnen zijn. Wanneer zij tot de hervatting opgeroepen worden, hebben zij altijd nog den termijn van dagvaarding en den tijd die daaraan vooraf ging. Moet van hunnentwege het overlijden beteekend worden, dan is om de schorsing te doen aanvangen eene handeling van hunne zijde noodig, wat niet te rechtvaardigen is, te minder wanneer daarmede de voorstelling gepaard gaat dat zij gehouden zouden zijn de aangevangen schorsing door eene daarmede gepaard gaande verklaring tot hervatting onmiddellijk op te heffen.

Het komt mij voor dat op de door mij aangegeven wijze de gevolgen van het tenietgaan van lastgeving door den dood met den overgang van de verplichting des erflaters op de erfgenamen om het geding voort te zetten, de noodzakelijkheid die er bestaat dat zij in staat gesteld worden daarvoor het noodige te doen, de aanspraak van de tegenpartij op de voortzetting van het geding, en de verplichte vertegenwoordiging in volkomen harmonie zijn gebracht. Maar de wet — dit verlieze men niet uit het oog — beveelt beteekening van wege de erfgenamen als belanghebbenden.

Ik ging bij de bespreking van den invloed van den dood van eene der partijen van de onderstelling uit, dat de verplichting om een aangevangen proces voort te zetten op de erfgenamen overgaat. Ik herinner daarbij dat dit zelfs dan het geval is, wanneer het recht zelf waarover het geding loopt niet op de erfgenamen overgaat, omdat in dat geval

toch de ingestelde rechtsvordering op de erfgenamen overgaat, zij dus bevoegd en jegens de tegenpartij verplicht zijn tot voortzetting van het geding. Anders is het waar de ingestelde rechtsvordering vervalt door den dood, als: die tot echtscheiding, art. 275 B. W. en die tot scheiding van tafel en bed, art. 301 B. W., niet evenwel die tot scheiding van goederen. Arg. art. 244 § 2. B. W. Zie Dl. II. bl. 99 v.

De schorsing heeft geen plaats zoodra de conclusiën op de terechtzitting zijn genomen en bij schriftelijke behandeling, wanneer de instructie volledig is of de wettelijke termijnen verloopen zijn. In deze beide gevallen heet, met opzicht tot de schorsing althans, de zaak in staat van wijzen te zijn. Deze laatste bijvoeging is inderdaad overbodig; in art. 256 zijn de woorden die hierop terugslaan: „indien hetzelve niet is in staat van wijzen," zeker eene zinstorende herhaling. Eene andere redactie werd dan ook, ofschoon zonder gevolg voorgesteld door de 2de Afd. der Tweede Kamer bij de herziening in 1836/37. Zie Bijlagen der Handelingen t. a. p. bl. 242. Wel kan zij in art. 255 dienen tot verklaring van de gedachte des wetgevers: geen schorsing wanneer de zaak zóó ver is gevorderd dat alleen het vonnis nog is uit te spreken. „Il faut," zeide JOUSSE, „que toute l'instruction soit faite et qu'il ne soit plus question que de juger," en POTHIER proc. civ. n°. 240: „une cause verbale n'est point en état d'être jugée lorsqu'elle n'est point entièrement plaidée.". Waartoe zou dan de schorsing dienen en hoe zou zij kunnen ontstaan? Het ministerie van den procureur is voor de instructie van de zaak uitgeput; hij heeft niets meer daartoe te verrichten, aan den last hem gegeven is voldaan en het vonnis door den rechter uit te spreken moet voor de erfgenamen even verbindend zijn als het dit voor den erflater zou geweest zijn omdat ook hij verplicht was zich daaraan te onderwerpen, zonder dat hij iets meer aan de instructie der zaak kon doen en deze verplichting op de erfgenamen overgaat. Aan die gedachte beantwoordt wel de bepaling omtrent de schriftelijke behandeling. (Zie art. 170 Dl. II, bl. 163). Maar in de bepaling omtrent zaken waarin de mondelinge behandeling plaats heeft, en dat is zeker het bijna uitsluitend voorkomende geval, is de gedachte niet juist in toepassing gebracht of is haar om andere redenen geweld aangedaan. Men kan die uitdrukking „zoodra de conclusien op de terechtzitting zijn genomen" zoo ruim mogelijk opvatten, (de bijvoeging „in staat van wijzen" geeft daar grond toe) en daaronder de eindconclusiën verstaan na welke niet dan het

houden der pleidooien overblijft; het staat vast, dat de zaak met die conclusiën voldongen kan zijn omdat de partijen recht op de stukken kunnen verzoeken, art. 147, doch als dit verzoek niet gedaan is, is de zaak door 't nemen der conclusiën nog niet in dien staat dat zij voor 't oordeel des rechters rijp is. Is de partij overleden, haar procureur zal daarvan bewust dit verzoek niet mede kunnen doen. In ieder geval kunnen bij de pleidooien nog middelen worden aangevoerd welker aanvoering in elken stand van het geding vrijstaat; er is geen procureur om de conclusie daartoe strekkende te nemen. Wordt het Openbaar Ministerie gehoord, er is geen procureur die voor de overledene partij van de bij art. 328 § 2 gegeven bevoegdheid kan gebruik maken. Dit laatste bezwaar levert ook art. 174 § 3 op tegen de bepaling omtrent de schriftelijke behandeling. Eindelijk: de procureur moet bij de pleidooien tegenwoordig zijn en de conclusiën moeten bij den aanvang der pleidooien worden gelezen, art. 45 regl. n°. 1, art. 30 regl. n°. 3. Aan al deze voorschriften kan niet worden voldaan. Zal een advocaat kunnen pleiten voor eene partij die in 't geding niet vertegenwoordigd is door een procureur, dewijl diens last is vervallen? Zoo zal, doordien er geen schorsing plaats heeft, alleen door en voor de tegenpartij gepleit kunnen worden, tenzij men aannam, wat het gevoelen van CARRÉ schijnt te zijn en dat bij ons DE PINTO II bl. 405 en 406 verdedigt, de pleidooien kunnen worden gehouden en dat de rechter, als ware er niets geschied, uitspraak doet na partijen, nb.! ook de overledene, te hebben gehoord. Als dit zoo is, dan is de geheele critiek van BOITARD op de bepaling van den Code zonder grond; wanneer er voortgepleit kan worden voor den overledene die geen procureur heeft maar wiens procureur dan bevoegd zou moeten geacht worden om voort te gaan alsof er niets gebeurd was, dan zullen de erfgenamen ook wel in de gelegenheid zijn de advocaten nog behoorlijk in te lichten. Dit nu acht BOITARD dat juist door de bepaling van art. 343 van den Code onmogelijk wordt gemaakt. Toch schijnt onze wetgever er zoo over gedacht te hebben als CARRÉ en DE PINTO. Want, wanneer hij, meenende de fransche wet te verbeteren, bepaalt, dat in geval van schorsing door dood of verlies van betrekking van den procureur, de zaak eerst in staat van wijzen zal heeten na den afloop der pleidooien, dan schijnt hij, want hij lichtte de verandering niet toe, van oordeel te zijn geweest, dat, dewijl de procureur bij de pleidooien niet kan gemist worden, er een nieuwe behoort te worden gesteld en daarom in dàt geval de schorsing moest worden toegelaten

zoolang de pleidooien niet gehouden zijn. Maar dan mag daaruit geconcludeerd worden dat hij dit bij overlijden van de partij niet noodig achtte, omdat dan de eens gestelde procureur, niettegenstaande dat overlijden kon voortgaan. Naar de fransche wet zou dan moeten aangenomen worden, dat, als de procureur overleed vóór de pleidooien en na de conclusiën, de advocaat zou kunnen pleiten zonder procureur en dat niettegenstaande de bepaling van art. 85 C. de pr.! Deze verwarring van begrippen vindt m. i. haar oorzaak daarin, dat de fransche juristen als CARRÉ, de anders in hunne oogen onrechtvaardige bepaling van art. 343 door interpretatie hebben willen verbeteren, en onze wetgever heeft hunne onjuiste interpretatie gesanctionneerd in de wet en is daardoor tot beginselloosheid vervallen. De fransche wetgever wilde de schorsing uitsluiten nà de conclusiën ter audientie omdat hij, gedachtig aan het veelvuldig rekken der procedures en dit willende tegengaan, zooveel mogelijk heeft willen beperken de gevallen waarin de loop van het rechtsgeding wordt opgehouden (BOURBEAU V. p. 189). Nu kan de zaak met de conclusiën voldongen zijn, daarop kan recht gedaan worden; ergo geen schorsing, maar in geval van overlijden van een der partijen, recht op de stukken als anders na de pleidooien en dus geen verdere behandeling. Dat is een verkeerd stelsel maar het berust op een beginsel. Wil men met CARRÉ de wet verbeteren, bewerende „que l'art. 343 n'établit point cette injuste conséquence" (op art. 343 CCLXXXV), dan verlaat men haar beginsel en laat op beginsellooze wijze de voortzetting der procedure toe, niettegenstaande de tot die voortzetting in alle andere gevallen noodzakelijke elementen ontbreken, en die beginselloosheid heeft onze wetgever gesanctionneerd door in een bijzonder geval, waar zij het duidelijkst aan het licht zou komen (art. 254 4o. en 255 § 3) van den regel: geen schorsing nà de conclusiën, af te wijken.

De wetgever zal m. i. de juiste beginselen toepassen, wanneer hij deze reden van schorsing door den dood aanneemt tot den afloop der pleidooien; wanneer dientengevolge de rechter geroepen zal worden om, al zij het, na verhoor van het O. M., bij eindvonnis uitspraak te doen. Voor het gebruik maken van de bevoegdheid bij art. 174 § 3 en 328 § 2 gegeven, wat zoo zelden voorkomt en bovendien van geringe beteekenis is, als de rechters hun plicht doen om zelf te onderzoeken, acht ik het verlengen van den tijd waarin schorsing mogelijk is, niet noodzakelijk en daarom af te keuren. Voorts zou dan de schorsing moeten aanvangen met de beteekening van het overlijden van wege

den daardoor van zijn last en bevoegdheid om voort te werken ontheven procureur. De Code de pr. leidt tot het zoeken naar kunstmiddelen om de toepassing van art. 343 te ontgaan. Verg. GARSONNET § 366 T. II p. 627.

Verandering van den staat van eene der partijen. De wetgever heeft hier het changement d'état van den Code voor oogen gehad die daarbij meer dacht aan de wijzen van tenietgaan van lastgeving zooals POTHIER die opnoemt, traité du mandat n^0. 100 en 139 en Proc. civ. n^0. 234, 235, dan zooals ze vermeld worden in art. 2003 C. C., bij ons in art. 1850 B. W. POTHIER noemt evenwel als voorbeelden: wanneer eene vrouw den last gaf en zij later in het huwelijk treedt, (zie ook art. 1850 § ult.), of wanneer de lastgever onder curateele gesteld wordt en, gelijk onze wetgever er op het voorbeeld van art. 2003 C. C. bijvoegt, behoort daartoe ook het geval dat de lastgever in staat van faillissement wordt verklaard. Dat die changement d'état ook den last des procureurs doet ophouden leert POTHIER n^0. 139 en proc. civ. n^0. 235.

Het is duidelijk dat verandering van staat in art. 254 een veel te algemeene uitdrukking is. Wanneer iemand in den loop van een proces van vreemdeling Nederlander wordt en omgekeerd, zal dit wel eene verandering van staat zijn, maar het proces wordt er niet door geschorst. POTHIER had hier met de algemeene uitdrukking kennelijk een ophouden van de handelingsbevoegdheid of hare beperking op het oog. Dit bewijzen zijne voorbeelden en de redeneering: Le changement d'état n'éteint pas moins le mandat que la mort du mandant. Il y a même raison;" en dat die reden gelegen is in dat ophouden van handelingsbevoegdheid geeft hij nog duidelijker te kennen door te zeggen: „ces personnes au moyen de leur changement d'état étant devenues incapables de faire. . . . . l'affaire dont elles ont chargé leur mandataire, le mandataire ne peut plus la faire pour elles et à leur place . . . ." n^0. 111, terwijl hij n^0. 139 dit volkomen van toepassing acht op den last gegeven aan een gestelden procureur. En met toepassing op dezen zegt hij nader in proc. civ. n^0. 235: car [une fille ou veuve] passant par son mariage sous la puissance de son mari elle n'a plus legitimam standi in iudicio personam. Zal men kunnen aannemen dat de wetgever de uitdrukking „changemenu d'état heeft beperkt, door te spreken van verandering in den persoonlijken staat, zooals het Wetb. van 1809 sprak van „ophoudt persoon te zijn", kennelijk doelende op het verlies van wat

men persona standi in iudicio pleegt te noemen, de bevoegdheid om zelf proces te voeren of te doen voeren? Ik zou het niet durven aannemen. Maar zal hier één jurist op art. 254 n°. 2 het „ubi lex non distinguit" durven toepassen of zal niet ieder, lettende op het verband waarin de uitdrukking hier voorkomt, nl. met terugslag op het voeren van een geding, en voorts op de bron der uitdrukking met een onbezwaarde conscientie die letterknechterij van zich werpen? Maar dan zal hij ook nog wel een stap verder gaan en zoo bijv. de gevolgen van verklaring in staat van faillissement hier niet toepassen ten aanzien van die gedingen welke de gefailleerde zelf voeren mag, maar alleen voor die processen welke art. 813 K. bedoelde, waarbij n.l. de belangen van den boedel betrokken zijn. Dat ook in die gevallen onzekerheid in de toepassing der wet bestaat leert de jurisprudentie. De bijzondere regeling van dit onderwerp in de faillissementswet van 1893 heeft evenwel den twijfel over dit punt opgeheven. Het moge al waar zijn, dat lastgeving door faillissement van den lastgever eindigt (art. 1850 § 3 B. W.) en dat deze bepaling ook toepasselijk is op den aan een procureur gegeven last tot het voeren van een geding, maar wanneer verandering in den persoonlijken staat zijn invloed oefent op het gedingvoeren, dan behoort dit niet verder te gaan dan de beperking in het voeren van een geding zelve en de voorziening die er noodig is opdat degene, wiens persoonlijke staat verandering heeft ondergaan door een ander die in zijn plaats optreedt, als gedingvoerende partij vervangen wordt. Terwijl nu het faillissement deze verandering in den persoonlijken staat teweeg brengt dat de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behoorend vermogen door failletverklaring verliest, vervalt daardoor voor hem de bevoegdheid om over rechtsvorderingen welke rechten of verplichtingen tot den failleten boedel behoorende ten onderwerp hebben te procedeeren, maar moet de curator in het faill. voor hem optreden. Maar dan ook uitsluitend in gedingen over genoemde vermogensrechtelijke betrekkingen. Art. 25.

In deze gedingen oefent ook alleen de verandering in den persoonlijken staat door het faillissement ontstaande haren invloed, wanneer zij bij de opening van het faillissement hangende mochten zijn. Want dan alleen bestaat er behoefte aan bepalingen waardoor het voortprocedeeren door den curator in de plaats van den daarin verhinderden gefailleerde mogelijk wordt. Hier zouden alzoo de be-

bepalingen van de burgerlijke rechtsvordering omtrent het schorsen en hervatten van het rechtsgeding hare toepassing vinden, indien er geene bijzondere bepalingen daaromtrent in de faillissementswet waren gemaakt. En deze zijn van ingrijpenden aard.

Er heeft dan in de meerbedoelde gedingen wel eene schorsing plaats, maar op verschillende wijze en met bijzonder gevolg. Vooreerst heeft men te onderscheiden rechtsvorderingen die voldoening eener verbintenis uit den boedel ten doel hebben. Terwijl deze gedurende de faillietverklaring niet anders ingesteld kunnen worden dan door aanmelding ter verificatie (art. 26), zoo worden daarover reeds aanhangige rechtsgedingen door de faillietverklaring wel geschorst maar op dat zij bij gelegenheid van de verificatie onderzocht worden. Valt daar geene betwisting, dan is 't geding daarover voor goed uit. Valt er betwisting, dan wordt het geding voortgezet en hij die de betwisting doet, treedt in de plaats van den gefailleerde als partij in het geding op; art. 29. Hoe geschiedt dan de voortzetting (welke in de rechtsvordering hervatting heet) van het geding? Aangezien art. 122 hier niet toepasselijk is en hij die de betwisting doet, wel in de plaats van den gefailleerde maar op zijn eigen naam optreedt en derhalve geen procureur heeft, zal wel de oorspronkelijke aanlegger van het geding dien betwister hebben te dagvaarden om met hem het aanhangige geding voort te zetten. Verlangt de betwister het geding voort te zetten, dan zal hij wel de bevoegdheid moeten hebben om den oorspronkelijken eischer tot voortzetting van het oorspronkelijk tegen den gefailleerde aanhangig gemaakt geding te dagvaarden.

Zijn er vóór het faillissement rechtsvorderingen aanhangig gemaakt, welke wel rechten of verplichtingen tot den faillieten boedel behoorende ten onderwerp hebben, maar niet de voldoening eener verbintenis uit den boedel ten doel hebben, dan valt te onderscheiden of de rechtsvordering door den schuldenaar of tegen den schuldenaar werd ingesteld. In beide gevallen heeft er schorsing van het geding plaats. In het eerste geval geschiedt dit op verzoek van den gedaagde ten einde deze de gelegenheid hebbe om den curator binnen een door den rechter te bepalen termijn tot overneming van het geding op te roepen. Voldoet de curator aan die oproeping niet, dan wordt hij behandeld als ware hij als eischer, in welke qualiteit hij nu voor den gefailleerde had moeten optreden, op den eersten rechtsdag niet verschenen. De gedaagde kan althans ontslag van de instantie vragen.

Ongetwijfeld zal daarvan wel 't gevolg zijn dat de curator in zijne hoedanigheid in de kosten wordt veroordeeld en terwijl ontslag van de instantie de rechtsvordering zelve intact laat, zal deze zeker door den curator of later door den van faillissement ontheven schuldenaar kunnen worden ingesteld. In dit geval ook na voorafgaande betaling dier kosten, arg. art. 75? Zijn het kosten van het v e r s t e k dat nù niet is verleend? Is zoodanige bepaling bij analogie toe te passen? Doch de oorspronkelijke gedaagde behoeft geen ontslag van instantie te vragen, hij kan ook met den gefailleerde voortprocedeeren, doch buiten bezwaar van den boedel. Wint derhalve de gedaagde het proces dan zal hij, al moge de gefailleerde jegens hem in de kosten worden veroordeeld, deze niet op den boedel kunnen verhalen. Wint de gefailleerde dan komt het voordeel ten bate van den boedel.

Het staat evenwel aan den curator om zelfs wanneer hij niet werd opgeroepen, het proces over te nemen en den gefailleerde buiten het geding te doen stellen en dit ten allen tijde. Die overneming zal wel, indien althans de gefailleerde met den gedaagde voortprocedeert, in den vorm van voeging kunnen geschieden doch de curator schijnt ook wel de bevoegdheid te hebben om de partijen ter terechtzitting te doen roepen ten einde hij van de overneming van het proces doe blijken of wel om de overneming te beteekenen met oproeping van den gedaagde om met hem curator voort te procedeeren. Daar is hier nogal 't een en ander wat in andere processen niet voorkomt. In ieder geval is gezorgd dat de gedaagde niet verstoken blijft van de mogelijkheid om tegenover den gefailleerde recht te krijgen met het doel dat anders door schorsing en hervatting moet worden bereikt.

In het tweede door mij gestelde geval, dat nl. de vordering tegen den nu gefailleerden schuldenaar werd ingesteld, heeft de schorsing van het geding plaats op verzoek van den eischer. Ook in dit geval moet de eischer daardoor de gelegenheid bekomen om binnen een door den rechter te bepalen termijn, den curator in het geding te roepen; Art. 28 faill.wet. Hij verschijnt door procureur te stellen ter terechtzitting, neemt daardoor alleen het proces over en de gefailleerde is van rechtswege buiten het geding. Zoo heeft de eischer, zoodra hij dit verlangt, eene tegenpartij die met hem het geding kan voortzetten met gelijk gevolg als degene dien hij tot handhaving van zijn recht had doen dagvaarden. Het doel der schorsing en hervatting wordt op de meest eenvoudige wijze bereikt. Indien de curator niet verschijnt, dan kan de eischer tegen den gefailleerde het proces voortzetten

terwijl de rechtskracht der veroordeeling des gefailleerde tegen den boedel in dit geval niet is uitgesloten. Art. 28 § 4 j°. art. 25 § 2. Mocht ook de gefailleerde het geding niet voortzetten, doordien zijn procureur niet meer verschijnt, dan kan als in andere gevallen vonnis worden gevraagd dat als een vonnis op tegenspraak zal worden gegeven. Zie hierover MOLENGRAAFF bl. 157, 163.

Nog valt in vergelijking met de schorsing van het geding naar de bepalingen van het Wetb. v. rechtsvordering dit op te merken dat de schorsing hier niet wordt gezegd uitgesloten te zijn indien het geding in staat van wijzen is. Zij wordt evenwel uitgesloten wanneer vóór de faillietverklaring de stukken tot het geven van een beslissing aan den rechter zijn overgelegd. Dit zal dus niet het geval zijn, zoodra de laatste conclusiën op de terechtzitting zijn genomen, maar wel wanneer na afloop der pleidooien de stukken door den rechter zijn overgenomen of in handen van het O. M. zijn gesteld en bovendien in alle gevallen waarin, ook in den loop van het proces, de stukken tot het bekomen van eene beslissing aan den rechter overgelegd worden, dus bv. tot beslissing van een incident of het geven van een interlocutoir. Wanneer dan daarbij door den rechter de voortzetting van het geding wordt bevolen, komen de bepalingen omtrent de schorsing in toepassing. Art. 30 faill.wet.

Opmerking verdient dat de wetgever in sommige gevallen den gefailleerde toelatende om te blijven procedeeren, daarbij onderstelt dat de lastgeving op den procureur verstrekt niet noodzakelijk vervalt en dat zelfs een vonnis tegen den gefailleerde kan worden verkregen dat voor den boedel verbindend is. Art. 27 § 2, 28 § 4.

Verandering van staat is alzoo een reden van schorsing op denzelfden grond als de dood, omdat zij in 't algemeen de lastgeving op den procureur verstrekt, doet ophouden, en de partij welke dien last verstrekte, buiten staat is een ander dien last te geven. En zoo is het ook met de derde reden van schorsing: het ophouden van de betrekking waarin hij die het proces voert, optreedt. Voor een deel oefent ook hier verandering van staat haren invloed. Wanneer bijv. een minderjarige meerderjarig wordt, dan heeft de voogd geen bevoegdheid meer om hem te vertegenwoordigen en de lasthebber dien hij als voogd aanstelde, houdt op dit te zijn volgens de leer van POTHIER. Nadat deze van de vrouw die in den loop van het geding in het huwelijk treedt gezegd had: „elle n'est plus capable

d'ester en jugement sans son mari, sous la puissance duquel elle est passée; c'est pourquoi son procureur, qui sait son changement d'état ne peut plus faire aucune procédure pour elle, et l'autre procureur n'en peut plus faire contre elle, dès qu'on lui a signifié son changement d'état," laat hij daarop volgen: „Il en est de même lorsqu'une personne qui était en instance non en son propre nom, mais en quelque qualité, comme de tuteur, de fabricier, cesse pendant l'instance d'avoir cette qualité par la majorité de son mineur, ou par la subrogation de nouveaux fabriciers; il ne peut plus dès lors procéder, et les procédures faites contre lui par l'autre partie, à qui l'on a signifié que sa qualité a cessé, sont pareillement nulles."

Terwijl alzoo in deze beide gevallen voor schorsing gelijke grond bestaat als in het geval van overlijden, hoe kon dan de fransche wetgever die beide redenen van schorsing absoluut verwerpen gelijk hij dit uitdrukkelijk doet in art. 345? De eenige reden die daarvoor werd opgegeven vindt men in de beraadslaging van den Conseil d'Etat. „REGNAUD objecte contre la disposition absolue de cet article, que, si une femme avec laquelle une procédure se trouve engagée vient à se marier, il sera indispensable de faire assigner son mari, pour continuer à procéder valablement. Le grand-juge ministre de la justice répond que la partie adverse n'est pas obligée de connaître son changement d'état; que c'est à elle à avertir son mari." LOCRÉ XXI, p. 229. Hoe kort die verdediging van het artikel zij, er blijkt duidelijk deze gedachtengang uit dat men de gevolgen van lastgeving in het proces in deze gevallen althans niet heeft gewild. Bij verandering van staat of ophouden van betrekking kan de tegenpartij het proces voortzetten alsof er niets gebeurd was, de handelingen van den procureur van de partij wier staat veranderde of wier betrekking ophield zijn tegenover haar geldig, het proces kan op naam van dien procureur voortgaan even goed als wanneer de procureur herroepen was zonder dat die herroeping vergezeld ging van eene nieuwe procureurstelling. Er zoude dan ook in die verandering van staat of in dat ophouden der betrekking zelve geen onmogelijkheid worden gezien om het proces voort te zetten althans niet ten opzichte van de tegenpartij. Deze gaat voort alsof er niets gebeurd ware. Wil de man de vrouw in het proces dat zij vóór 't huwelijk aanving bijstand verleenen, dat hij zich de zaak aantrekke en zich voege, hij behoude denzelfden procureur of herroepe den gestelden met stelling van een anderen. Wil de curator het proces, dat de

nu ondercurateelegestelde zelf aanving, op zijn naam voeren, hij voege zich in 't geding en handele als de man; wil de nieuw benoemde voogd het proces op zijn naam voeren, hij make zich aan de tegenpartij bekend en handele als de anderen, maar, als van dit alles niets gebeurt, dan zet de tegenpartij het proces voort en als de procureur van de partij wier staat veranderde of wier betrekking ophield daarin een reden vindt zijn ministerie niet verder te verleenen, dan gaat het proces voort en wordt het vonnis gewezen als ten opzichte van iedere partij wier eens gestelde procureur wegblijft. En in deze gevolgen wordt geen verandering gebracht, al ware de verandering van staat of het ophouden der betrekking aan de tegenpartij beteekend. Wel heeft DEMIAU (aangehaald in de brusselsche uitg. van CARRÉ op Q. 1283, p. 743) het tegendeel beweerd, maar hij wordt door CHAUVEAU aldaar uitnemend weerlegd.

Dit verschil tusschen de gewone lastgeving en die tot het voeren van een proces op een procureur verstrekt wordt door BOURBEAU V. p. 181 dus verklaard: „Cette différence tient à la nature particulière du mandat ad lites. S'agit-il en effet d'un mandat ordinaire, on suppose facilement, en cas de changement d'état de la personne intéressée qu'elle veut elle-même gérer ses affaires lorsque sa capacité nouvelle le lui permet: ou que, si par le changement d'état elle devient incapable, son représentant légal agira par lui-même, sans l'intermédiaire du mandataire antérieurement constitué. Il faut donc qu'une volonté nouvelle soit manifestée pour que le mandataire conserve ses pouvoirs. S'agit-il au contraire du mandat ad lites, le ministère d'un représentant est forcé, et la personne intéressée ne pourrait par elle-même agir devant le tribunal; le mandat ne prendrait fin que pour être remplacé par un autre mandat conféré à un nouvel avoué. Aussi la loi ne présume-t-elle pas cette volonté de substituer un avoué à un autre; elle suppose, au contraire, une persistante confiance, à défaut de révocation expresse". Maar is dit niet een argument pour le besoin de la cause? Men wil geen schorsing; nu moet men hare uitsluiting rechtvaardigen en zoekt die in een verschil tusschen het mandaat ad lites en het gewone mandaat, een verschil dat eenig en alleen om het niet toelaten van schorsing gemaakt wordt! Te ontkennen is het niet dat op de natuur van lastgeving en de daaruit voortvloeiende regelen betreffende haar einde evenals op de natuurlijke gevolgen van het ontbreken der handelingsbevoegdheid inbreuk wordt gemaakt. De ondercurateelestelling doet de lastgeving ophouden omdat de onder curateele gestelde niet

door een ander kan doen wat hij zelf te doen niet in staat is. Waarom zal dit juist op het voeren van een geding niet toepasselijk zijn? Kan hij dàt wel en dus ook door een ander, en alle andere handelingen niet? Op welken grond rust dit onderscheid? Wat doet het af, of de vertegenwoordiging in 't proces gedwongen is, een vertegenwoordigend procureur is er toch niet zonder den wil van de partij die hij vertegenwoordigt. En hoe kan men onderstellen dat de curator denzelfden procureur zal houden als er eigenlijk geen procureur kan zijn? Eene onderstelling die, in zich zelve niet heel krachtig, nog bovendien berust op de valsche stelling dat er een procureur te behouden is. Neen! ik kan mij niet voorstellen, dat men op dergelijke overweging als BOURBEAU aanvoert tot de verandering in de bestaande procedure besloten heeft, wel dat men aan de mandaatstheorie en de gevolgen van het ontbreken van handelingsbevoegdheid niet voldoende aandacht heeft geschonken en eenvoudig is blijven staan bij de reden die PIGEAU geeft van het g e b r u i k dat onder de ordonnantiën de aanvulling der redenen van schorsing had ingevoerd. Als het juist is wat hij zegt dat dit gebruik werd ingevoerd omdat het wenschelijk moest geacht worden, dat, indien een onbekwame partij bekwaam geworden was, zij kennis kreeg van het aanhangig geding en de gelegenheid had om zich op de hoogte daarvan te stellen en als een bekwame onbekwaam was geworden het evenzeer van belang was dat zijn wettelijke vertegenwoordiger er kennis van kreeg, dan komt men licht tot de redeneering: daarop behoeft de tegenpartij niet te wachten of, zooals de Minister van Justitie in den Staatsraad zeide: c'est à elle (nl. de vrouw die in lite was) à avertir son mari. Dan komt men licht tot het besluit: in 't belang van die partij kan men geen reden van schorsing opnemen waardoor maar weer gelegenheid gegeven wordt tot het rekken der gedingen. Men vergeet dat het niet het belang van de personen geldt, niet eene begunstiging aan hen te verleenen, maar dat zij niet kunnen voortprocedeeren omdat de aanvankelijk aangestelde procureur heeft opgehouden dat te zijn en zij hem of een ander niet opnieuw kunnen aanstellen. Al levert de fransche jurisprudentie voorbeelden van toelating der verandering in den staat als reden van schorsing, met de bepaling van art. 345 C. d. pr. was zij niet in overeenstemming te brengen. Zie GARSONNET t. a. p. § 363 n[t] 2. Deze schrijver weet overigens al geen betere reden voor de bepaling te vinden dan de Minister van Justitie in den franschen Staatsraad aanvoerde. Zie voorts nog BOITARD op art. 345. Worden

de door het fransche stelsel geschonden beginselen door onzen wetgever beter gehandhaafd, nu hij in de door den franschen gewraakte gevallen redenen van schorsing ziet, in art. 254 n⁰. 2 en 3?

Men lette dat art. 254 zegt dat in deze gevallen de loop van het geding geschorst wordt, maar dat uit de volgende artikelen blijkt dat de oorzaak der schorsing van wege de belanghebbenden aan de partij moet worden beteekend met dien verstande, dat zonder die beteekening het rechtsgeding, niettegenstaande het bestaan der oorzaken, kan worden voortgezet. Dus kan de procureur, niettegenstaande zijn mandaat verviel, het proces voortzetten en zoo kan inderdaad voor een onbekwame of ook voor iemand, die de betrekking, waarin hij 't proces aanving, verloor, worden voortgeprocedeerd en de gevolgen daarvan zullen door den vertegenwoordiger van den onbekwame of door diens nieuw benoemden vertegenwoordiger (voogd of curator) moeten worden aangenomen. Zijn daarmede de door het fransche stelsel geschonden beginselen gehandhaafd? Men zal het moeilijk gelooven. De wetgever had dan beter gedaan die oorzaken van schorsing te schrappen en eenvoudig te bepalen dat in die gevallen de gestelde en in 't geding werkzame procureur bevoegd is het geding voort te zetten totdat hij zal zijn herroepen en een ander in zijne plaats gesteld. Tot rechtvaardiging van zoodanige bepaling had dan het belang van de tegenpartij op den voorgrond gesteld kunnen worden en daarbij gevoegd de toch ook voor de andere partij bestaande verplichting om 't proces voort te zetten; voorts dat degene die in de plaats van de verdwenen partij zal optreden aan diezelfde verplichting gehouden is en dat de door de wet aangewezen vertegenwoordigers, de procureurs, voldoend vertrouwen verdienen om, waar zij door de partij die 't proces aanving, gekozen zijn, dit voort te zetten ten haren name om te gelden in zijne gevolgen voor wien het rechtens aangaat. De gevolgen van de lastgeving en van het ontbreken van handelingsbevoegdheid en de daaruit voortvloeiende belangen van de betrokken partij komen in conflict met belangen van derden, nl. met die van de tegenpartij, en het stelsel der verplichte vertegenwoordiging door betrouwbare praktizijns zou dan aanleiding tot en grond voor de aangegeven oplossing geven.

Maar ook hier deed men beter den werkelijken toestand in het oog te houden en de natuurlijke gevolgen van het ophouden van last te laten werken. De gestelde procureur is van zijn last ontheven. Hij doet deze reden, waarom hij niet kan voortgaan, beteekenen aan de wederpartij, Nu kan de man of de curator of de meerderjarig gewordene

of de nieuw benoemde voogd, die natuurlijk door den procureur welke nog met hem te rekenen heeft zal worden gewaarschuwd, zelf verklaren dat zij 't geding opvatten; als zij dat doen hebben zij natuurlijk een procureur noodig. Zij kunnen dan met het stellen van dezen, hetzij denzelfden of een anderen, wachten als zij zich bedenken willen; want de andere partij zal tengevolge van de beteekening niet met het proces kunnen voortgaan en zoo zullen zij van zelf bedenktijd hebben: „cedere an contendere velint." Worden zij door de tegenpartij tot hervatting gedagvaard dan hebben zij den gewonen termijn dien ieder gedaagde heeft. Dat, naar de wet, de beteekening van belanghebbenden, d. i. van degenen die nu in het proces moeten optreden, moet uitgaan en vóór dien tijd de reden van schorsing niet werkt, bederft ook hier het juiste beginsel, waarvan de wetgever scheen uit te gaan en moest uitgaan en doet dezelfde bezwaren ontstaan als bij overlijden.

Wij hebben gezien dat het faillissement niet altijd, in de gedingen die tot den faillieten boedel behooren, den last op den procureur door den gefailleerde verstrekt doet te niet gaan. In het geval toch van art. 27 § 2 faill.wet kan het geding waarin de gefailleerde betrokken was door dezen worden voortgezet. Maar men bedenke dat de gefailleerde daarbij buiten bezwaar van den boedel handelt en hij dus daarmede geen daad van beheer of beschikking over den boedel verricht. En te dien opzichte alleen is er verandering in zijn staat.

In verband met de door mij in Dl. V. bl. 193 gemaakte opmerking omtrent rechtsgedingen welke nog aanhangig zijn bij de opheffing van het faillissement en waarin de curator als partij was opgetreden, merk ik nog op dat de beteekening van de schorsing, op grond van art. 254 3°, hier overeenkomstig de nu weder toepasselijke bepalingen van het Wetb. v. burg. rechtsv. door belanghebbenden moet geschieden en dat daaronder in dit geval niet anders kan worden verstaan dan degene wiens faillissement werd opgeheven. Van dezelfde meening is MR. v. ROSSEM op artt. 256 en 257 die aldaar (bl. 288) terecht wijst op art. 257, hetwelk gebiedend voorschrijft dat de beteekening van de reden van schorsing moet gepaard gaan met de verklaring dat het rechtsgeding wordt hervat en eene nieuwe procureurstelling.

Deze verklaring kan alleen gedaan worden door dengene wiens faillissement werd opgeheven evenals zij alleen kan gedaan worden door

erfgenamen in geval van 254 n°. 1; door een curator, die in plaats van den onder curateele gestelde moet optreden; door den meerderjarig gewordene die nu zelfstandig optreden wil. Dit argument aan art. 257 ontleend is, dunkt mij, peremtoir. Dit wordt uit het oog verloren door Prof. MOLENGRAAFF, De Faillissementswet bl. 369, naar wiens ontwarring van de knoop, door de gevolgen van de opheffing van het faillissement op een aanhangig verificatieproces daarin gelegd, ik overigens gaarne verwijze. — Dat de beteekening der reden van schorsing door belanghebbenden waarvan ik de onjuistheid op rechtskundige gronden hierboven, bl. 196 betoogde, praktisch even weinig aanbevelenswaardig is blijkt ook hier.

Indien al het schrappen van de beide laatst besproken redenen van schorsing tot zekere hoogte zijne rechtvaardiging zou kunnen vinden in de verplichte vertegenwoordiging, men had het dan nog niet gerechtvaardigd in het geding voor den kantonrechter, waar die verplichte vertegenwoordiging niet geldt. Zien wij ten slotte op welk beginsel daar de schorsing berust en hoe zij daar werkt, dewijl zij ook daar toepasselijk is volgens art. 125.

Wordt voor den kantonrechter bij gemachtigde geprocedeerd dan moest op den gemachtigde de verplichting rusten tot beteekening aan de tegenpartij van het feit dat hem tot voortprocedeeren buiten staat stelt. Maar dewijl die verplichting nu eens door de wet aan belanghebbenden is opgelegd, zal 't rechtens geen verschil maken of de partij in persoon of door een gemachtigde 't proces voert, doch de gemachtigde zal dengenen die nu belanghebbenden bij 't proces geworden zijn van zelf daarmede in kennis stellen en de beteekening zal dan te eerder kunnen plaats hebben. Procedeerde de persoon zelf, het proces zal hier eerder, buiten de belanghebbenden om, door de tegenpartij ten einde gebracht kunnen worden daar deze geldig kan voortgaan en vonnis verkrijgen zoolang haar de oorzaak van schorsing niet is beteekend. De grond waarop de schorsing steunt zal hier niet daarin bestaan dat de lasthebbende procureur niet kan voortgaan en eene nieuwe door zijn client niet gesteld kan worden, maar de dood verhindert hier het voortzetten der procedure en de erfgenamen, al volgen zij in de verplichtingen van rechtswege op, en al kunnen zij zich dus niet eigenmachtig van het proces ontslaan, zij zijn toch niet zóó aan de handelingen des erflaters gebonden dat zij niet zich te beraden hadden: cedere an contendere velint. Toch kan hun het voordeel van de schorsing hier licht ontgaan door onbekendheid met

den dood en door het recht tot voortzetting van de tegenpartij. Zoude in dit bezwaar niet op deze wijze kunnen worden te gemoet gekomen dat den erfgenamen het rechtsmiddel van verzet werd toegekend tegen een vonnis dat tegen hun erflater, die gedurende den loop van het door hem aangevangen geding stierf, werd gewezen?

Voor de twee andere oorzaken van schorsing bestaat het bezwaar niet in dezelfde mate. Wel kan hij wiens staat verandering onderging zelf het proces niet voortzetten, en hij, die ophield vertegenwoordiger van eene partij te zijn, evenmin. Maar zij die in hunne plaats het proces moeten opnemen zijn spoediger in staat om met beteekening van de oorzaak der schorsing het proces te hervatten, hun kan 't bestaan van 't proces niet licht onbekend blijven. Dóch ook zij zouden zonder schuld te laat kunnen komen en met het middel van verzet tegen het vonnis te helpen zijn.

Moeten wij tot het besluit komen dat aan dit belangrijke leerstuk der schorsing niet de aandacht schijnt geschonken die het verdient en laten de bijzondere bepalingen die wij tot dusver behandelden in meer dan een opzicht te wenschen over, de regeling is nog in een ander opzicht onvolledig. Ook dit heeft de aandacht van de uitleggers niet getrokken. De oorzaken van schorsing, die wij tot dusver bespraken, hebben kennelijk betrekking op natuurlijke personen. Alleen de derde kan, zonder verandering in de woorden, op bestuurders van rechtspersonen, die als zoodanig optreden in een proces voor den rechtspersoon, worden toegepast. POTHIER dacht daaraan in de hierboven aangehaalde plaats waar hij van den fabricier en van nouveaux fabriciers spreekt en hij geeft daardoor te kennen dat hij ook in dat geval de reden van schorsing toepasselijk acht. JOUSSE leert evenwel het tegendeel. „Dans les affaires," zegt hij in aant. 4 op art. 2, „qui intéressent les corps et communautés qui ont des Syndics ou les fabriques qui ont des Marguilliers qui ne sont nommés que pour un temps, on ne doit point assigner en reprise d'instance les nouveaux Syndics et Marguilliers (Il y à ce sujet un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 21 Juin 1714). Desniettemin wordt daarover weder anders geoordeeld door GARSONNET, met verwijzing naar CHAUVEAU sur CARRÉ in de straks op bl. 209 aangehaalde n^{t}. 2 van § 363 a. h. e.

Wat hebben wij hierover naar onze wet te denken? En hoe in geval van n°. 1 de dood, hier het tenietgaan van den rechtspersoon? N°. 2 komt hier natuurlijk niet in aanmerking.

De rechtspersoon gaat te niet. Evenmin als een proces ten haren name kan worden aangevangen, kan dit worden voortgezet. In het bij art. 1702 B. W. onderstelde geval zullen de overgebleven leden of het laatst overblijvend lid de beteekening moeten doen. Geschiedt dit niet, het vonnis kan ten laste van den nu te niet geganen rechtspersoon worden gewezen en daaraan zal overeenkomstig de verdere bepaling van art. 1702 moeten worden voldaan.

Wanneer de vereeniging volgens art. 10 der wet van 1855 n°. 32 op grond van afwijking van de goedgekeurde statuten van hare hoedanigheid van rechtspersoon is vervallen verklaard en de rechter haar bij voorraad de bevoegdheid tot het plegen van burgerlijke handelingen heeft ontzegd, kan dan een ten haren name hangend proces worden voortgezet? Aan wien zou de procureur qualiteit ontleenen? Doch wie zal dan de vervallenverklaring doen beteekenen? De procureur zoude het alweer kunnen doen, gevende hij alleen te kennen dat hij van zijn last en daarmede van zijne bevoegdheid om voort te handelen is ontheven. Maar de belanghebbenden moeten het doen. Wie zijn dat? De leden der vereeniging op grond van art. 11 a. h. e. of de door den rechter benoemde curator? Deze alleen zou het proces kunnen en moeten voortzetten maar hij zal toch wel het gewijsde moeten afwachten tot de vervallenverklaring bij voorraad eene definitieve is geworden. Blijft de beteekening achterwege dan gaat het proces voort en bij eene eventueele veroordeeling zal degene die ze verkreeg als rechthebbende bij de vereffening kunnen optreden.

Maar als, wat meer kan voorkomen, naar n°. 3, de schorsing haar oorzaak heeft in het ophouden der betrekking? Zal eene verandering in het bestuur dat het geding voert hieronder vallen? Zal er schorsing zijn in het geding door den burgemeester voor de gemeente gevoerd als de burgemeester door een ander vervangen wordt? Ik zou hier liever met JOUSSE ontkennend dan met POTHIER bevestigend antwoorden. Het beginsel waarop deze bepaling steunt ligt daarin dat de handelingsbevoegdheid van den vertegenwoordiger ophoudt. Wanneer een voogd die hoedanigheid verliest kan op zijn naam een proces niet gevoerd noch voortgezet worden. Maar de hoedanigheid van den voogd is van dien persoon niet te scheiden. Bij een bestuur van een zedel. lichaam is dat anders. Al moeten de namen der bestuurders die een proces aanvangen aan de tegenpartij bekend zijn, omdat het voor haar van belang is na te gaan dat zij werkelijk de bestuurders zijn, eens aangevangen door de wettige bestuurders gaat dat proces op den naam

van het bestuur of de bestuurders of den burgemeester door, zoo te zeggen op die hoedanigheid, zonder dat het er verder op aankomt wie de personen zijn welke de hoedanigheid hebben en het bestuur kan evenals het zedel. lichaam zelf gezegd worden te blijven, hoe ook de personen die het samenstellen verwisselen.

De vierde reden van schorsing bestaat in den dood of het verlies van de betrekking van den gestelden procureur. Deze oorzaak is natuurlijk alleen op die gedingen van toepassing voor welke de verplichte vertegenwoordiging geldt en vindt ook daarin hare verklaring. De partij wier procureur overlijdt of buiten betrekking geraakt door bedanken of ontzetting is daardoor niet in staat voort te procedeeren. Zij moet dan wel een nieuwen procureur stellen maar zij moet daarvoor tijd hebben, als zij 't uit zich zelve zal doen, of daartoe uitgenoodigd worden. Men kan hier niet, als bij eene herroeping, zonder gelijktijdige benoeming van een ander, het proces op naam van den eerstgestelden laten doorgaan en op die wijze de partij tot stellen van een ander verplichten en de tegenpartij van de gevolgen van het verzuim ontheffen.

Zonderling mag het voorkomen dat in het Wetb. van 1830 deze reden werd weggelaten. En moeilijk is het daarvan eene rechtvaardiging te vinden in de omstandigheid dat de partij altijd een nieuwen kan stellen. (Verg. het gezegde van LECLERQ bij NOORDZIEK t. a. p. bl. 96). Daardoor viel in het opschrift van de betrekkelijke afdeeling de vermelding van constitution de nouvel avoué weg en deze kwam ook in 1838 niet terug. Zij was trouwens overbodig en beter op haar plaats in de Ord., waar alleen dit geval een nieuwe procureurstelling noodig maakte en in verband daarmede in art. 2 gesproken wordt van reprise OU CONSTITUTION DE NOUVEAU PROCUREUR. Deze oorzaak van schorsing werkt van zelve dus zonder beteekening, art. 256 a. h. e. Zij moet aan de tegenpartij bekend zijn. De hervatting van het geding beteekent hier niets zonder nieuwe procureurstelling en de hervatting bestaat eigenlijk in de vervanging van den overleden of uit betrekking geraakten procureur door een ander. Oorzaak van schorsing is alleen dood en verlies van betrekking. Bij herroeping voorziet art. 146. Maar hoe, als de procureur niet herroepen wordt ook niet zijne betrekking verliest maar zijn dienst aan de partij opzegt? Voor schorsing kan geen reden zijn. De redenen die de wet aangeeft, zijn limitatief op te vatten. Maar de bepaling omtrent her-

roeping zal analogice toegepast moeten worden gelijk BOITARD te recht opmerkt, I p. 539 op art. 344 n . 538. Anders de vonnissen vermeld bij v. OPPEN Pasicrisie in v⁰. n⁰. 9, 1e vervolg n⁰. 39.

In art. 417 wordt bij de procedure in cassatie het geval ondersteld dat de advocaat zich aan de zaak onttrekkende daarvan aan de wederpartij kennis geeft. Dan kan de wederpartij hem niet meer als vertegenwoordiger van de andere partij aanmerken. Maar voor schorsing bestaat evenmin grond naar de wet. Verg. Dl V, bl. 267 vv.

Ophouden van de schorsing. Hervatting.

De schorsing houdt op door de hervatting van het geding.

Deze kan vrijwillig plaats hebben wanneer de beteekening van de oorzaak van schorsing, waar deze vereischt wordt, tevens bevat de verklaring dat het rechtsgeding wordt hervat op de laatste gedingstukken met procureurstelling.

Is de schorsing het gevolg van de vierde oorzaak dan wordt het geding hervat door den overleden of uit zijne betrekking geraakten procureur te vervangen bij eene eenvoudige acte.

De hervatting is gedwongen wanneer de tegenpartij tot die hervatting op de laatste gedingstukken oproept, hetwelk geschiedt bij dagvaarding op de gewone wijze. Art. 257, 258, 259.

De onderscheiding van de hervatting in vrijwillige en gedwongene wordt door POTHIER gemaakt proc. civ. n⁰. 238 en ligt duidelijk genoeg ook aan de bepalingen van onze wet tot grondslag. Zie ook DE PINTO en OUDEMAN. De verplichting om het proces voort te zetten gaat op hen die in de plaats treden van de verhinderde partij over of blijft rusten op haar die haar procureur verloor. Hier als altijd staat het vrij die verplichting vrijwillig na te komen en dit geschiedt op natuurlijke wijze door zich tot hervatting van het geding bereid te verklaren, en dit te toonen door eene nieuwe procureurstelling waartoe de hervatting zich in het laatste geval bepaalt. De fransche wet sprak op het voorbeeld van de Ord. in dit laatste geval van „constitution de nouvel avoué" in tegenstelling van „reprise d'instance." Bij ons zijn daarvan nog overgebleven in art. 259 de woorden: „en zoodanige procureur vervangen" en in art. 260: „geschillen over „dat hervatten van het geding en de vervanging van procureur."

Uit de bepaling van art. 257 volgt dat de wetgever verlangt dat de verklaring van hervatting te gelijk met de reden van schorsing

van n°. 1, 2, en 3 moet worden beteekend. Daarin komt ook de onjuistheid der bepaling die de reden van schorsing door belanghebbenden wil beteekend hebben duidelijk uit. De erfgenamen bijv. die de schorsing behoeven om zich over de voortzetting van het geding en allereerst over het aannemen van de hoedanigheid van erfgenaam zullen willen beraden, moeten tegelijk met de beteekening, die schorsing ten gevolge heeft, zich over de hervatting verklaren. Zij kunnen zich evenwel tot de beteekening van de schorsing bepalen. Want de vrijwillige hervatting kan plaats hebben zoolang de tegenpartij niet heeft gedagvaard. Is derhalve de oorzaak van wege belanghebbenden eenvoudig beteekend zonder meer en blijft de tegenpartij stilzitten, dan kan nog altijd de verklaring van hervatting met procureurstelling van hunnentwege plaats hebben. De nieuwe procureurstelling, waarvan art. 257 spreekt, behoeft niet die van een ander procureur te zijn dan die tot dusverre de zaak behandelde, maar zij moet altijd op nieuw, dus uitdrukkelijk, geschieden. Zonder zoodanige procureurstelling kan de oude procureur niet optreden.

Wanneer de belanghebbenden nu eenvoudig de oorzaak van schorsing doen beteekenen, dan zal dit wel bij een exploit van beteekening moeten geschieden. Tegen de beteekening van de schorsing met hervatting en procureurstelling of, wanneer de schorsing reeds beteekend is, van deze laatste bij acte van procureur tot procureur schijnt geen bezwaar te bestaan omdat de procureurstelling in de acte medebrengt, dat eene acte van procureur tot procureur mogelijk is.

Dat de vrijwillige hervatting van het om de reden onder n°. 4 van zelf geschorste geding door middel van eene nieuwe procureurstelling plaats heeft volgt daaruit, dat de gedwongen hervatting in dit geval eerst te pas komt, wanneer de overleden of uit zijne betrekking geraakte procureur niet vervangen is, art. 258 a. h. e.

En dat die procureurstelling dan bij eene eenvoudige acte van procureur tot procureur plaats heeft mag wel uit art. 259 worden afgeleid hetwelk dezen ouden vorm zelfs in het geding tot hervatting behield.

In de procureurstelling ligt in dit geval de wil om het geding voort te zetten zonder nadere verklaring opgesloten.

Wanneer bij die procureurstelling of bij de in artikel 257 voorgeschreven beteekening geene oproeping ter terechtzitting is gedaan zal deze wel van de meest gereede partij, want beide zijn nu gereed om voort te procedeeren, moeten uitgaan.

Hervatting geschiedt, vrijwillig en ook gedwongen, op de laatste gedingstukken. „Suivant les derniers erremens" zooals de Code zegt en in onze vroegere procedure ook gesproken werd van „de arrementen van het proces overtenemen en te procedeeren naar de laatste retroacten." Dat wil zeggen dat men niet het proces van nieuws begint, wat natuurlijk waar alleen een procureur te vervangen is in 't geheel niet zou te pas komen, maar dat men voortgaat, dewijl zij die in het proces in de plaats van de nu verhinderde partij optreden, aan de handelingen van deze gebonden zijn, en niet ongedaan kunnen maken wat door deze of namens haar werd verricht.

Wat de gedwongen hervatting betreft, hiertoe wordt en terecht eene gewone dagvaarding vereischt. Komt degene die de verhinderde partij moet vervangen eens in het proces, dan zal het zijn alsof zij daar van den beginne af optrad, maar zij moet nu, feitelijk nog buiten het proces staande, tot den strijd worden gedaagd en er is geen reden waarom hier de gewone termijnen en formaliteiten niet zouden worden in acht genomen. Bij ontstentenis van procureur blijft wel de partij dezelfde, maar het proces eens aanvaard hebbende is zij verplicht dit voort te zetten en nu zij dit niet uit zich zelve doet door een nieuwe procureurstelling, moet zij daartoe worden gedagvaard. De eisch tot hervatting zal de middelen waarop deze zijne strekking is gegrond moeten bevatten, doch de competentie van den rechter regelt zich niet naar den nu gedaagde; het kan geen ander zijn dan die voor welken het geding hangt, omdat het in dit opzicht weder eene voortzetting daarvan is.

Gedwongen hervatting.

Op die dagvaarding kan de hervatting plaats hebben bij eenvoudige akte van procureur tot procureur.

Procedure.

Het incident dat de schorsing in het proces veroorzaakte kan evenwel ook tot een geding, een incidenteel geding, aanleiding geven, wanneer de hervatting wordt betwist.

Die betwisting kan van de tegenpartij uitgaan wanneer deze zich verzet tegen de (vrijwillige) hervatting door hen die zich als belanghebbenden voordoen, of heeft plaats, wanneer zij die tot hervatting zijn gedagvaard zich daartegen verzetten.

De geschillen over de hervatting van het geding zijn als incidenten

naar de voorschriften omtrent incidenteele vorderingen te behandelen Art. 259.

Hervatting bij eenvoudige acte, naar art. 259. Deze acte zou, dewijl zij de tot voortzetting van het proces noodzakelijke procureurstelling inhoudt, overeenkomstig art. 135 (oud) binnen het daar aangegeven tijdsverloop moeten worden beteekend. Die beteekening zal nu ook wel vóór de terechtzitting moeten plaats hebben, want aan den bij art. 137 (nieuw) gestelden regel, dat de procureur, die voor den verweerder optreedt, dit op de terechtzitting verklaart, wordt door de bijzondere bepaling van art. 259 gederogeerd, al schijnt art. 137 met zijn „behoudens" slechts éene uitzondering hierop toe te laten. Meent echter de verweerder dat hij bevoegd zou zijn om op de terechtzitting procureur te stellen en wordt hij daartoe niet toegelaten, dan zou hij toch de gevolgen van het verstek kunnen doen vervallen door bij acte procureur te stellen zoolang het profijt van het verstek nog niet was uitgesproken. Art. 89*a*. Dit merkte ik op in Dl. V, bl. 194. Doch uit deze bepaling omtrent de opheffing van de gevolgen van het verstek, nadat dit werd uitgesproken, moet a fortiori wel volgen, dat nu de algemeene regel procureurstelling ter audientie toelaat, op deze wijze het verleenen van verstek kan worden voorkomen. Verschijnen dan partijen ter terechtzitting dan zal daar verder op hare instantie worden bepaald wat, naar aanleiding van den stand der zaak in verband met de laatste processtukken, in het geding verricht behoort te worden.

Geschil over de hervatting. De tegenpartij die, ware zij van de schorsing in de drie eerste gevallen onkundig gebleven, eenzijdig als op tegenspraak zou hebben doen beslissen, had dan een vonnis waarvan de geldigheid door de opvolgers van de oorspronkelijke partij niet kon worden betwist. Nu is 't voor haar van belang om niet dan met den werkelijken rechthebbende het geding voort te zetten. Is wel hij, die zich naar art. 256 als belanghebbende gedroeg en overeenkomstig art. 257 het rechtsgeding verklaart te hervatten, de werkelijk belanghebbende? Bij betwisting kan op deze wijze de vrijwillige hervatting tot eene incidenteele procedure aanleiding geven.

De gedaagde tot hervatting zal b. v. als erfgenaam van de oorspron-

kelijke partij in rechte geroepen, art. 258, de exceptie van beraad kunnen opwerpen, die te zijnen aanzien niet gedekt is, daar zij voor zijn voorganger niet eens openstond. Al zet de erfgenaam een geding voort en al is hij door de handelingen zijns voorgangers gebonden, hij heeft daarom toch ook hem persoonlijk toekomende rechten en voor zich begint hij het proces.

Behandeling als incidenteele vordering. Zie art. 247 en 249 en HARTOGH en COSMAN op art. 260. Anders oordeelt hierover Mr. v. ROSSEM op art. 260, bl. 289 v. Het komt mij evenwel voor dat, al wordt tot hervatting gedagvaard, het geding daarover in verhouding tot dat op de hoofdzaak niet anders dan als een incident kan beschouwd worden, terwijl de dagvaarding hier eene door de bijzondere omstandigheden noodzakelijk geworden afwijking is van hetgeen, naar aanleiding van art. 247, bij incidenten plaats heeft. Het is nu alleen over de hervatting dat het geschil loopt en de rechter zal daarover alleen hebben te beslissen. Wordt dan de hervatting bij het vonnis bevolen, dan zal tot de voortzetting van het geding kunnen worden overgegaan zonder dat het vonnis behoeft beteekend te worden (art. 66). Het zou evenwel met het in 1896 ingevoerde rolsysteem geheel in overeenstemming zijn, indien de wetgever ook hier had bepaald, dat de rechter, de hervatting van het geding bevelende, tevens de terechtzitting aanwees, waarop het geding weder ter rolle zal worden opgeroepen. Ambtshalve zal de rechter dit wel niet kunnen doen, doch er kan wel geen bezwaar bestaan dat na de uitspraak van het vonnis tot hervatting door partijen bepaling van dag worde gevraagd, waarop de zaak weder ter rolle zal worden opgeroepen. Geschiedt dit niet, dan zal tot de verdere voortzetting der zaak in deze nog eene oproeping ter rolle bij procureursacte te pas komen en deze zal wel aan de meest gereede partij zijn overgelaten. De schorsing nu krachtens het bevel tot hervatting opgeheven zijnde, wordt het geding behandeld en beslist alsof er geen schorsing had plaats gehad.

Verstek. Indien op de dagvaarding tot hervatting de gedaagde niet verschijnt, wordt, indien de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen en formaliteiten zijn in acht genomen, verstek verleend en de rechter wijst de conclusiën des eischers in zake van de hervatting toe door het rechtsgeding hervat te verklaren op de laatste gedingstukken.

Heeft de eisch tot hervatting eenvoudig de strekking dat een nieuwe procureur gesteld worde (vierde oorzaak), dan kan de rechter, bij dat verstek, onmiddellijk over de hoofdzaak uitspraak doen.

Tegen deze uitspraken bij verstek staat verzet open, hetwelk, ook wanneer de hoofdzaak schriftelijk wordt behandeld, op de terechtzitting behandeld kan worden. Art. 261, 262.

De gedaagde verschijnt niet. De gedaagde heeft op de dagvaarding tot hervatting geen procureur gesteld of de gestelde procureur verschijnt niet. Dat dan het verstek niet anders verleend kan worden dan met toepassing van art. 76, vloeit uit de algemeene toepasselijkheid van deze bepaling voort en uit de bepaling van art. 261 § 1 zelve die dat verleenen van verstek als van elders bekend vooronderstelt. Alleen „het profijt van het verstek" van welken term der pleitzaal de wetgever zich hier zonder noodzaak bedient, wordt hier uitdrukkelijk aangegeven. „Het rechtsgeding zal worden hervat verklaard achtervolgens de laatste gedingstukken." Is dat niet hetzelfde wat ook art. 76 bepaalt: „de conclusiën van den eischer zullen worden toegewezen?" Ja, wanneer de conclusiën des eischers van hervatting zich uitsluitend tot die hervatting bepalen. Maar zoude, indien hij verder ging en op grond van de laatste stukken eene verdere uitspraak des rechters op de hoofdzaak zelve had gevraagd, de eenvoudige toepassing van art. 76 er niet toe kunnen leiden, dat de eischer, als profijt van het verstek, onmiddellijk zijne conclusiën op de hoofdzaak zou kunnen toegewezen zien? Dan zou de rechter ook het niet onrechtmatige en niet ongegronde van die conclusiën hebben te beoordeelen. Nu laat art. 261 geen twijfel over. De rechter heeft niet anders te doen dan te verklaren dat het geding wordt hervat en op de laatste gedingstukken voortgezet en dan wordt het voortgezet alsof er geen schorsing had plaats gehad. Alleen bij het niet vervangen zijn van den procureur, waarbij natuurlijk op de vierde oorzaak van schorsing gedoeld wordt, kan dadelijk op de hoofdzaak eene beslissing worden gegeven. Dit is zoo goed als bleef de partij, die eens verschenen was, gedurende den loop van het proces weg. Maar dan moest in dit geval als in andere gevallen dat de eens verschenen partij wegblijft als op tegenspraak worden recht gedaan. De wet zegt evenwel uitdrukkelijk dat de eischer, en wij onderstellen daarbij dat de eischer tot hervatting ook eischer is op de hoofdzaak, niet anders dan een vonnis

bij verstek kan verkrijgen. De schorsing heeft dus in dit geval de verhouding der partijen veranderd. Waartoe? en waarom?

Hoe dit evenwel zij, de wetgever heeft blijkbaar gewild dat in den regel op de vordering tot hervatting eene afzonderlijke beslissing werd gegeven. De regel is dus, dat alleen de hervatting op het verstek uitgesproken wordt. Alleen wanneer de schorsing voor de vierde in art. 254 aangegeven reden plaats heeft, acht hij dat het geval zich kan voordoen dat er geen bezwaar tegen eene onmiddellijke uitspraak ten principale bestaat. Daar toch de schorsing hier plaats kan hebben, zelfs nadat de conclusiën ter terechtzitting zijn genomen, zoodat de zaak voldongen is en er alleen nog gepleit zou behoeven te worden, ligt het voor de hand dat de partij, aan wie de hervatting bij verstek wordt toegewezen, van pleidooi afziet. Zij zal dan krachtens de bepaling van art. 261 § 2 de bevoegdheid hebben om, bij 't niet vervangen zijn van den procureur, als profijt van het verstek, te concludeeren tot hervatting met rechtspraak ten principale. De eischer van hervatting zal dit evenwel alleen kunnen doen, want ook in het geval van schorsing volgens n⁰. 4 kan het geding zich in dien toestand bevinden dat er nog andere handelingen te verrichten zijn voordat van rechtspraak ten principale sprake kan wezen. En ofschoon nu ook in de drie andere gevallen van schorsing de zaak in dien toestand kan verkeeren dat zij voor afdoening ten principale vatbaar is, bijv. wanneer door de op de hervatting niet verschenen partij van antwoord op de hoofdzaak moest geconcludeerd worden en de wetgever dan ook in deze gevallen wel de bevoegdheid had kunnen verleenen om de hoofdzaak onmiddellijk af te doen, lag dit niet zoo dadelijk voor de hand, dat de wetgever nu in eens ook dezen stap tot verdere afwijking van den Code de pr. scheen te kunnen doen.

Het vonnis bij verstek alleen de hervatting bevelende, zal voor verzet vatbaar zijn, en niet ten uitvoer gelegd kunnen worden dan na verloop van acht dagen na de beteekening overeenkomstig art. 80. De termijn voor het verzet zal zich regelen naar art. 81 en terwijl door het bevelen der hervatting de schorsing althans voorshands is vervallen, gaat de partij op wier vordering die hervatting werd uitgesproken alleen voort om datgene te verrichten wat tot verkrijging van een uitspraak ten principale noodig is, die dan niet anders dan als op tegenspraak gewezen kan beschouwd worden. Wordt nu evenwel tegen de uitspraak op de hervatting tijdig in

verzet gekomen en dit verzet aangenomen, dan wordt daarmede het vonnis tot hervatting te niet gedaan en al wat daarna in de zaak verricht werd zal als vervallen moeten beschouwd worden.

Waar evenwel, volgens art. 261 § 2 met de uitspraak op de hervatting de hoofdzaak tevens is beslist en dat vonnis alzoo in zijn geheel en in al zijne deelen bij verstek is gewezen, kan het in dit geval niet als een vonnis op tegenspraak worden beschouwd. Verg. rechtb. Leeuwarden 21 Oct. 1897, W. 7081.

Mr. VAN ROSSEM is in zijne aanteekening op artt. 261 en 262 van een ander gevoelen. Hij is van oordeel dat in geval van art. 261 § 2 verstek wordt verleend op de hervatting en ten principale als op tegenspraak wordt recht gedaan. Ik kan niet inzien dat die meening wordt goed gemaakt „wanneer men de woorden „bij verstek" verstaat in den zin van : bij het verleenen van verstek op de dagvaarding tot hervatting", want dit kan niet wegnemen dat de beslissing ten principale in datzelfde bij verstek gewezen vonnis en als een gevolg van het verleenen van verstek wordt opgenomen. En zoo wordt dan ook de uitspraak door den rechter gegeven op de conclusie van de tot hervatting procedeerende partij die, gelijk Mr. v. ROSSEM dit zelf aangeeft „bij het vragen van verstek gelijktijdig verzoek zal moeten doen tot dadelijke beslissing ten principale". Zoo wordt dat verzoek tot beslissing ten principale onmiddellijk aan het vragen van verstek verbonden en is het niet anders dan als een gevolg daarvan aan te merken. En wanneer dan in art. 262 van het verzet tegen de uitspraken bij verstek in het vorig artikel vermeld gesproken wordt, dan wordt daar ondersteld dat het verzet ook tegen de uitspraak in het tweede lid van art. 261 vermeld is toegelaten en dan zie ik niet in, hoe het verzet in dat geval alleen tegen de uitspraak betreffende de hervatting, die een geheel uitmaakt met de beslissing ten principale, zou kunnen worden ingesteld. Immers voor het verzet kunnen geene andere termijnen in aanmerking komen en het kan niet anders vervallen dan door toepassing van de artt. 80 en 81 op het vonnis wat de hoofdzaak betreft. Op de uitspraak tot hervatting van het rechtsgeding op zichzelve, welke, men verlieze dit niet uit het oog, hier onmiddellijk door en met de uitspraak op de hoofdzaak ten uitvoer wordt gebracht, zijn de bepalingen omtrent het verzet niet in toepassing te brengen. Is dit gevolg nu „met de procesorde strijdig", de procesorde hangt af van de bepalingen der wet.

Niet dat ik daarom de bepaling van art. 261 § 2 eene gelukkige bepaling vinde! De wetgever van 1837 had m. i. beter gedaan zich van die nieuwigheid te onthouden. Indien hier al in het geheel het verstek in toepassing moest komen, in ieder geval moest met de uitspraak bij verstek eene uitspraak ten principale niet verbonden zijn geworden en, indien deze combinatie nuttig voorkwam, had zij niet tot het ééne in art. 261 § 2 vermelde geval moeten beperkt worden, daar dan in meer andere gevallen die combinatie op gelijken grond gewenscht zou zijn. Maar men kon in 1836 het knutselen in het Wetb. 1830 niet laten, hetwelk op dit punt eene zoo juiste bepaling bevatte in art. 222: „Bijaldien — de gedaagde partij tot hervatting niet verschijnt, zal het geding gehouden worden voor hervat en zal daarin onverwijld worden gevonnisd zoo de zaak is in staat van wijzen (d. i. hier: in staat om ten principale beslist te worden) in het tegenovergestelde geval zal de regter bevelen dat het geding voortgang hebbe achtervolgens de laatste gedingstukken". Mij dunkt dat de praktijk zich er het best bij zal bevinden om § 2 van art. 261 als niet geschreven te beschouwen en ook in dit geval zich bij het vragen van verstek en verklaring van hervatting te bepalen. Voorts voor dit geval, evenals voor anderen waarin de zaak voor beslissing rijp is, bij nadere conclusie recht ten principale te verzoeken.

Ik mag ten slotte niet nalaten op te merken, dat onze wetgever, die met zijn terugkeer tot de bepalingen van den Code in 1837 eenige gapingen meende te hebben aangevuld, terwijl hij meende dat de deugdelijkheid daarvan zoozeer zou in het oog vallen, dat dezelve geene bijzondere toelichting behoeven, daarmede ook de vragen heeft overgenomen welke de Code deed ontstaan, nl., of de uitspraak op de hoofdzaak die na verstek op de hervatting wordt gewezen op tegenspraak of bij verstek wordt gewezen, welk laatste het meest algemeen aangenomen gevoelen was en of bij een en hetzelfde vonnis op de hervatting en op de hoofdzaak beslist kan worden, waarbij onze wetgever dan een middelmeening aannam om dit alleen toe te laten in het in onze wet aangenomen vierde geval van schorsing. Garsonnet merkt daaromtrent in noot 25 op § 366 (II. p. 626) op dat „le fait que le jugement du fond ne sera jamais rendu que par défaut rend tout à fait inoffensive cette jonction, d'ailleurs entièrement conforme au droit commun." Men schijnt de vereenvoudiging die art. 122 W. 1830 aanbracht in verhouding tot deze onderscheidene

nu opengebleven vragen in het geheel niet te hebben ingezien.

De wetgever moge in de eerste plaats aan een niet-verschijnen van den gedaagde tot hervatting en zelfs in § 2 van art. 261 uitsluitend daaraan gedacht hebben, de bewoordingen door hem gebezigd zijn toch veel ruimer dan die van art. 349 C. de pr. Evenals men zich dus het geval kan voorstellen dat de eischer in een gewoon geding niet verschijnt en de wet zelve daaromtrent voorzieningen maakt in art. 75, zoo kan ook de eischer tot hervatting ten dienenden dage niet verschijnen en ook dan zal op de dagvaarding tot hervatting verstek worden verleend en nu tegen den eischer. Maar het gevolg van art. 75 kan hier onmogelijk worden aangenomen. De gedaagde tot hervatting kan niet van de instantie worden ontslagen; de gedaagde tot hervatting wien het ook om voortzetting van het proces te doen is zou daar niet aan hebben, vooral niet wanneer hij in de hoofdzaak eischer was. Het profijt van dit verstek zal dan niet zijn ontslag van de instantie, maar volgens de algemeen luidende bepaling: verklaring dat het rechtsgeding wordt hervat, enz. Deze meening, welke ook is die van DE PINTO II § 204 wordt bestreden door v. ROSSEM bl. 291. En dan zal ook de gedaagde tot hervatting zoodanige instantie in het hoofdgeding kunnen doen als hij tot verdere voortzetting en beëindiging daarvan zal vermeenen te behooren.

Was de procureur van den eischer overleden en werd door dezen geen nieuwe gesteld dan wordt de hoofdzaak ook bij verstek beslist en de eischer die natuurlijk niet van de instantie wordt ontslagen, zal ook recht van verzet hebben indien hij ongelijk kreeg. Arr. H. R. 2 December 1842 W. n°. 357. Waarom ook voor dit geval niet de beslissing op de hoofdzaak als op tegenspraak?

In gedingen die voor het kantongerecht behandeld worden is al hetgeen van de vrijwillige en gedwongen hervatting en de daarop volgende procedure gezegd is, toepasselijk met uitzondering van datgene wat met de procureurs in verband staat. Art. 125. Kanton-gerecht.

De vierde reden van schorsing vervalt dus. Van de vervanging van procureur en het daartoe betrekkelijk geschil over de hervatting is alzoo geen sprake en de beteekening van art. 256 vereischt toch ook in de procedure bij de colleges een deurwaardersexploit, terwijl eveneens volgens art. 258 tot hervatting eene dagvaarding vereischt

wordt. Art. 259 blijft van zelf buiten toepassing, dewijl hier tot hervatting van het rechtsgeding geen nieuwe procureurstelling noodig is. Art. 258 § 1 zal alleen toepasselijk zijn als de beteekening van eene der drie eerste redenen van schorsing niet inhoudt de verklaring dat het rechtsgeding wordt hervat op de laatste gedingstukken.

§ 90. ZG. ONTKENTENIS VAN GERECHTELIJKE VERRICHTINGEN. *)

Gevallen waarin en grond waarop.

Wanneer een procureur als vertegenwoordiger van eene partij in het proces optredende handelingen verricht die niet tot de instructie van het geding behooren maar het recht zelf der partij betreffen; wanneer hij bepaaldelijk aanbiedingen heeft gedaan of aangenomen, erkenningen heeft gedaan, toestemmingen heeft gegeven of aangenomen, zonder dat de partij daartoe eene bepaalde schriftelijke volmacht had gegeven, dan hebben deze voor de partij bindend gevolg totdat zij die handelingen zal hebben ontkend. Het middel haar daartoe gegeven wordt ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen genoemd. Art. 263.

Het middel is ook toepasselijk op het geval dat een procureur voor eene partij in een gediug mocht zijn opgetreden zonder daartoe opdracht te hebben bekomen, art: 272 (1896).

De procureur vertegenwoordigt de partij in het geding krachtens eene hem daartoe gedane opdracht. Hij is dus haar lasthebber met deze eigenaardigheid echter dat zijn bijstand tevens voor haar noodzakelijk is ten aanzien van alle die handelingen welke tot de instructie van het geding vereischt worden, in dien zin, dat deze door de partij zelve persoonlijk niet verricht mogen worden en zij toch door den procureur op haar naam en in haar naam worden verricht. De opdracht tot het voeren van een proces machtigt alzoo den procureur in eens tot het verrichten van al datgene waartoe hij in die hoedanigheid bevoegd en verplicht is; van een bijzonderen last voor die handelingen kan geen sprake zijn. Het gevolg daarvan is dat als de procureur verkeerde handelingen tot instructie van het geding verricht of daartoe noodige handelingen verzuimt, de partij op hem

*) H. G. KRONENBERG de procuratio ad litem en de ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen naar aanleiding van het Ontwerp van een Wetb. van Burg. Rechtsv. Acad. proefschrift verdedigd te Leiden 1868, beoordeeld in Tijdschrift voor Ned. Recht van Mrs. OUDEMAN en DIEPHUIS II bl. 228. Verg. mijne Opmérkingen en Vragen betreffende het Ontwerp in N. Bijdragen XVI (1866) bl. 257 vv.

als ontrouwen lasthebber wel verhaal heeft maar dat zij nooit tegenover de tegenpartij zal kunnen beweren dat die handelingen als in strijd met den last geschied haar niet zouden binden. Immers, hoe ook verricht, zij zijn een gevolg van den last tot het voeren van het geding gegeven. Maar de last is ook uit zijn aard tot de handelingen van instructie van het geding beperkt. Wat aangaat handelingen die daarbuiten liggen, die wijziging of verandering in het recht zelf der partij zouden brengen, zooals: aanbiedingen te doen of aan te nemen, deze zullen als zij in het proces voorkomen, gemeenlijk wel door tusschenkomst van den procureur worden gedaan, maar hij heeft daartoe een bijzonderen last noodig. Heeft hij dien niet, dan zou zoodanige handeling door hem verricht, naar de algemeene regelen van lastgeving, de partij niet binden; zij zou voor haar als niet geschied zijn te beschouwen en de tegenpartij zou wel verhaal hebben op den lasthebber die zijn mandaat te buiten ging, maar tegenover de partij zich niet op die handelingen als ook haar bindende kunnen beroepen, tenzij de partij ze later had bekrachtigd, art. 1834, 1844, 1843 B. W.

Kunnen deze regels van lastgeving in het proces worden toegepast? Zal de partij zich ook dan eenvoudig daarop kunnen beroepen dat die handelingen, die aanbiedingen, enz. haar niet binden als buiten haren last geschied? Daartegen verzet zich de omstandigheid waaronder zij verricht werden. Of die handelingen met of zonder last verricht werden, het proces waarin zij werden verricht wordt er op voortgezet en de rechter wijst vonnis, als waren die handelingen voor de partij bindend. Van dat vonnis gewezen op een geding waaraan de partij door haren procureur wettig vertegenwoordigd heeft deelgenomen, dat zij even goed als de tegenpartij van den rechter heeft verlangd, kan zij de verbindende kracht niet ontkennen; zij zal er de gevolgen niet van kunnen ontgaan, er aan gebonden zijn zoolang het niet door een wettig middel is te niet gedaan. Nu ligt het voor de hand dat haar zoodanig middel geschapen moet zijn, maar het blijkt ook dat, terwijl wij, naar den regel, handelingen die in onzen naam verricht werden door iemand die geen last van ons had, als ons niet aangaande kunnen beschouwen, de gelegenheid waarbij dit hier plaats had, het proces, en de daaraan noodzakelijk verbonden gevolgen medebrengen, dat wij tegen de handelingen van den lasthebber moeten opkomen, willen wij van hare ons nadeelige gevolgen ontslagen worden. Of zou men meenen

dat deze inbreuk op eene res iudicata maar in het geheel niet zou moeten worden toegelaten, en dat eene rechtvaardiging daarvan zou kunnen gevonden worden in de overweging, dat de procureur aan wien wij ons proces te behandelen gaven daardoor tegelijk moet geacht worden ons vertrouwen in die mate te bezitten, dat hij al datgene wat hij, naar den loop dien het proces neemt, in ons belang ook ten opzichte van de beschikking over het litigieuse recht, oirbaar mocht achten, namens ons zou mogen doen? Niemand die bij eenig nadenken deze afwijking van het beginsel van art. 1844 B. W. zou kunnen toelaten. Allerminst hier. Of is het niet reeds genoeg gevergd dat ik ten behoeve van een behoorlijke rechtspleging in het algemeen, ten bate van de gemeenschap alzoo, verplicht ben, hoe goed ik er anders zelf toe in staat ware, de behandeling van het proces aan een procureur over te geven, om niet nog bovendien van mij te vergen dat die gedwongen lastgeving tevens de beschikking over mijn recht in zich bevatte tot handhaving van een zeker allerheilzaamst beginsel: res iudicata pro veritate habetur, maar waardoor toch geen blijkbaar onrecht tot recht mag worden gemaakt! Dus is het al wèl, dat ik mij hier op ontstentenis van lastgeving beroepen moet om niet gebonden te zijn, maar daartoe komt mij dan toch een middel toe. Het meest voor de hand liggend rechtsmiddel dat in dit geval tegen een in kracht van gewijsde gegaan vonnis moet gegeven worden schijnt wel dat van request civiel. Inderdaad gaf de ordonn. van 1667 in art. 34 van tit. XXXV dat middel ook in dit geval: „si on a jugé sur des offres ou consentements qui ayent esté désavouez et le désaveu jugé valable." Het geval is inderdaad analoog aan andere in welke ook nog bij ons request civiel is toegelaten. Zie art. 382 n°. 7 en 8. Doch bij request civiel is de aanval onmiddellijk tegen het vonnis gericht en heeft men met de tegenpartij over den al of niet ontbrekenden grondslag van het vonnis te strijden. Hier moet in de eerste plaats tegen den auteur van het kwaad, den procureur, die zonder last handelde gestreden worden en daarmede kan zeer goed de bestrijding van het vonnis, als gevolg van de handeling, ook tegenover de tegenpartij gepaard gaan. Het request civiel zou ook niet in alle gevallen noodzakelijk zijn en in andere niet aan het doel kunnen beantwoorden. Die overwegingen moeten hebben geleid tot het in dien zin zelfstandig rechtsmiddel, dat de franschen zoo gelukkig waren met één woord désaveu te noemen, dat bij ons, waarschijnlijk met behulp van een fransch-hollandsch woordenboek, vertaald werd met

ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen waar men van wraking van gerechtelijke handelingen had moeten spreken.

Het middel is alzoo noodzakelijk. Daar komt nog bij dat de gedingvoerende partij ook daarom niet zou moeten worden vrijgelaten zich eenvoudig op ontstentenis van lastgeving te beroepen en daarmede de handeling als voor haar niet bindend te achten, omdat zij, lastgevende tot het voeren van een geding, lichtelijk geacht wordt oók tot die handelingen te hebben gemachtigd welke wel niet tot de instructie van het proces behooren, maar toch betreffen de belangen die in het proces betrokken zijn. En dit te meer waar de gemachtigde het voeren van 't proces opdroeg aan een procureur die, zoo hij nù al niet meer door eene aanstelling van staatswege als betrouwbaar is geijkt, zich zelven toch als betrouwbaar heeft uitgegeven en als zoodanig is toegelaten. Terwijl er alzoo met recht tot op zekere hoogte een vermoeden van lastgeving wordt aangenomen, wordt een uitdrukkelijk beroep van de partij op het ontbreken van lastgeving, eene wraking harerzijds van de stilzwijgend in haren naam verrichte handeling, vereischt om deze te niet te doen. Dit is dan weder die zg. ontkentenis. De toekenning van het middel berust alzoo daarop dat het rechtsgevolg dat de ontstentenis van lastgeving in 't algemeen zou medebrengen, dat nl. de handelingen voor den lastgever als niet geschied wordt beschouwd, hem niet bindt, aan een gedingvoerende partij niet zou kunnen en niet zou mogen worden toegekend.

Het middel is alzoo volkomen gerechtvaardigd, indien men het maar beperkt tot handelingen die beschikkingen over het recht zelf van de partij inhouden, zooals de fransche wetgever dat doet, in art. 325 C. de P. het toepassende op: offres, aveu ou consentement of, zooals de fransche tekst van art. 225 W 1830 het nog meer bepaald uitdrukte: „si des offres, des aveux ou des consentements, ont été faits, donnés ou acceptés," waarvan de hollandsche vertaling (al waren beide teksten bestemd als oorspronkelijk te gelden, ik geloof dat ook hier de hollandsche eene vertaling is) bij de herziening in 1837 geworden is, zooals zij nu luidt: „aanbiedingen zijn gedaan en aangenomen, erkenningen hebben plaats gehad, toestemmingen zijn gegeven en aangenomen." Daarmede zijn, dit zag het Tribunaat, van hetwelk art. 352 afkomstig is, goed in, de grond van het désaveu zelf en zijne natuurlijke grenzen in het oog gehouden: „concilier ces deux points, que, d'un côté, l'avoué représente la partie, et que de l'autre il ne peut lui nuire on a introduit l'action en désaveu." Maar om de daaruit voortvloeiende

beperking in de wet aan te geven stelde het Tribunaat art. 352 voor dat eenigszins vreemd luidt: „aucunes offres, aucun aveu ou consentement, ne pourront être faits, donnés ou acceptés sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu." LOCRÉ XXI. p. 488, n°. 179.

Hoe? een rechtsmiddel gegeven om een onrecht te herstellen wordt hier als een straf gedreigd? Het is niet te verwonderen dat onze wetgever, ook al had hij de om hare kortheid benijdbare bepaling niet willen verlengen met aan te geven de wijze waarop van het middel gebruik wordt gemaakt en zijne strekking te ontwikkelen, dat „op straffe" niet kon overnemen, ook niet, wanneer hij zich dan tot de eenvoudige uitdrukking: op straffe van ontkentenis of van wraking, had durven bepalen. Het fransche artikel heeft het gebrek van niet wel verstaanbaar te zijn zonder de toelichting, maar door deze treedt ook de juistheid van de gedachte die er in verscholen is, in het licht. Het nadeel, dat er in de gevolgen van het middel ligt, kan voorkomen worden door schriftelijke volmacht te vorderen. Het artikel herinnert door zijne uitdrukkingen den rechter om de overlegging van volmacht te vorderen, wil hij niet zijne uitspraak vernietigd zien of gedwongen worden die zelf te vernietigen tengevolge van een anders mogelijk désaveu. Het herinnert den procureur, dat hij zijne verantwoordelijkheid niet moet in de waagschaal stellen, maar zich van volmacht moet voorzien, wil hij niet blootstaan aan de gevolgen welke het désaveu voor hem persoonlijk kan hebben. Het herinnert eindelijk de tegenpartij om niet op aanbiedingen, enz. in te gaan waartoe geen volmacht werd gegeven, opdat het haar voordeelig vonnis niet gevaar loope tengevolge van het désaveu vernietigd te worden. LOCRÉ t. a. p. Maar, zal men zeggen: als dan allen, rechters en procureurs die hier de handelende personen zijn, hun plicht doen dan heeft men het middel, dat wel een noodzakelijk kwaad schijnt, niet noodig! Dit zou een argument zijn, wanneer niet veeltijds rechtsmiddelen juist noodig waren om gepleegd onrecht weder goed te maken. Bovendien verlieze men niet uit het oog dat de rechter alleen dan de overlegging van bijzondere volmacht zou kunnen gelasten in geval de wet de noodzakelijkheid daarvan voorschrijft; dat de wet dit evenwel slechts in enkele gevallen doet en de vrijheid der partijen in de beschikking over hare belangen niet meer aan banden wil leggen dan strikt noodig is. Maar zelfs al vorderde de wet in alle hier bedoelde gevallen de overlegging van een schriftelijke volmacht en al had zij het den rechter duidelijk gemaakt dat zoodanig voorschrift niet alleen

de partijen gold, maar dat zijne lijdelijkheid hem niet zou verbieden zijne tusschenkomst te weigeren tot bevestiging van handelingen, door daartoe onbevoegden verricht, dan zou het desniettemin toch kunnen gebeuren. De benadeelde partij die op den rechter geen verhaal had, zou dan toch het middel niet kunnen missen om 't gedane ongedaan te maken. En wat de procureurs betreft, hoe licht wanen zij zich met het volle vertrouwen hunner clienten begiftigd, hoe leidt niet hunne onderlinge betrekking er toe het elkander niet lastig te maken, vooral elkander geen wantrouwen te betoonen of den schijn daarvan aan te nemen; en wanneer zij zich van het goedvinden hunner clienten meenen overtuigd te mogen houden, hoe licht komen zij er dan niet toe deze niet met volmachten lastig te vallen, vooral wanneer zij om den spoed der zaak en den verwijderden afstand, waarop de clienten zich bevinden het nog meer in hun belang achten dit na te laten! Dat de tegenpartij alle reden had om den zonder overlegging van volmacht handelenden procureur te vertrouwen, zoo in 't algemeen als in het bijzonder geval, kan geen reden zijn haar van het désaveu en zijne gevolgen te ontheffen. Immers daarmede is de andere partij buiten wier last gehandeld werd niet geholpen en in ieder geval blijkt dat, wanneer de procureur der tegenpartij ten onrechte vertrouwen schonk en aanbiedingen zonder last gedaan aannam, het haar lasthebber is in wien zij vertrouwen stelde en op wien zij dan verhaal moet zoeken.

Uit het bovenstaande volgt dat ik de ontkentenis ook dan toegelaten acht wanneer de wet een bijzondere volmacht vordert en dan de handeling zonder volmacht verricht werd. Hetgeen ik op blz. 163 van Dl. I onder 1. *f*. opteekende zou ten onrechte het tegendeel kunnen doen onderstellen. Zeker kan in gevallen als van art. 1971 B. W. de procureur die zonder volmacht handelt niet geacht worden volmacht te hebben, en de rechter zal hem tot die handeling niet moeten toelaten als hij geen volmacht overlegt. Daardoor vervalt dan van zelf de grond voor het désaveu en als aan de bepaling der wet de hand gehouden wordt, zal de mogelijkheid van een désaveu worden voorkomen. Maar als de rechter hem wel toeliet, als dan ook werkelijk zonder machtiging gehandeld is, dan kan de handeling van den procureur voor zijn partij niet bindend zijn en dewijl het daarop gevolgde vonnis haar wèl bindt, zal zij haar niet-gebonden-zijn alleen kunnen doen gelden — en zij moet daartoe een middel hebben — door tot ontkentenis, lees: wraking, der handeling te procedeeren en zoo

het vonnis te voorkomen of tot vernietiging van het vonnis te geraken.

Wanneer ik met het bovenstaande de gronden waarop de wraking kan plaats hebben en den grond dier rechtsinstelling zelve juist heb uiteengezet, dan behoef ik nauwlijks op te merken dat, wat de Regeering daaromtrent tot toelichting in 1836 zeide, weinig bevredigend kan genoemd worden. „Een procureur," zeide zij, „.... kan zich hebben te buiten gegaan in sommige verrichtingen in iudicio door zonder of tegen zijn last en dus strijdig met den wil van zijn client aanbiedingen te doen of aan te nemen... waardoor de belangen van zijn client zijn benadeeld. Deze heeft als lastgever deswege naar algemeene beginselen van rechten ongetwijfeld wel eene actie tegen zijnen lasthebber tot vergoeding zijner schade; maar dit zoude dikwijls ongenoegzaam zijn; de wet moest derhalve zorgen dat hij ook door zoodanige vergrijpen jegens zijne wederpartij niet verbonden werd." V. D. HONERT Inleiding op de 13e afd. van tit. III, bl. 341. Komt dan inderdaad naar algemeene beginselen aan den lastgever eene actie tot schadevergoeding toe tegen den lasthebber die zonder last handelde? Waar zoude hij eene actie tot schadevergoeding van daan halen als het verrichte door den lasthebber hem niet bindt, gelijk art. 1844 B. W. dat leert? Wanneer dan echter met de algemeene beginselen hier verwezen wordt niet naar lastgeving maar naar art. 1401 B. W., dan staan we hier juist voor het geval dat er wel schade kan geleden worden omdat in dit bijzonder geval datgene wat buiten den last verricht werd, wèl gevolgen heeft voor den lastgever, dewijl het vonnis dat daarop gewezen werd hem bindt. Moet voorts de wet zorgen dat ook derden in het nadeel deelen omdat de lastgever zelf aan zijn actie tot schadevergoeding niet genoeg zal hebben? Dat ware niet te verdedigen. Maar de actie tot schadevergoeding geeft hier niet datgene waarop de lastgever aanspraak heeft. En waarom moet dan de wet zorgen dat de lastgever jegens zijne wederpartij niet verbonden werd? is dit niet juist het gevolg der algemeene beginselen van lastgeving en worden nu hier niet juist bijzondere bepalingen gevonden, omdat dit gevolg hier niet kan plaats grijpen en de wet dan moet zorgen dat de lastgever langs anderen weg, d. i. door eene actie daartoe in te stellen, zich kunne bevrijden van het hem, tot zoolang wèl doch onrechtvaardig, bindend gevolg van hetgeen buiten zijn last geschiedde?

Uit het gezegde volgt dat de instelling haar reden van bestaan

volstrekt niet verliest, wanneer de eisch gesteld werd dat de procureur, die als vertegenwoordiger in een bepaald proces optreedt, in limine litis zijn volmacht overlegge, de zg. procuratio ad litem. De 2de afd. van de Tweede Kamer maakte indertijd deze opmerking en de 6de sprak in gelijken geest (NOORDZIEK B. R. 1827—28. II bl. 425 en 504) doch de Regeering antwoordde m. i. terecht „dat die aanbiedingen, enz. eigenlijk niet geacht kunnen worden vervat te zijn in de gewoonlijke strekking eener algemeene volmacht ad lites" NOORDZIEK t. a p. bl. 553) en wanneer de 2de afdeeling zich beklaagt (t. a. p. bl. 621 en v.) „dat de antwoorden meerendeels niet slaan op aanmerkingen hoedanige deze gemaakt zijn maar op stellingen die de afd. niet heeft voorgedragen" en als voorbeeld daarvan ook art. 106 (thans 263) aanhaalt, dan schijnt men daaruit te moeten opmaken, dat dan die procuratio ad lites naar de meening der afdeeling ook moet bevatten of geacht werd te bevatten eene volmacht tot het doen en aannemen van aanbiedingen, enz. Dat moet ook wel de Ontwerper van 1865 bedoelen, wanneer hij de voorgestelde invoering van die procuratie ad litem o. a. verdedigt met de opheffing van het door hem dus genoemde „zonderlinge stelsel van het désaveu." Toel. bl. 103. Het spreekt van zelf dat de wetgever bij machte is dat te bepalen, maar dat daartegen uit het oogpunt van het recht, de natuurlijke gevolgen van lastgeving en de natuurlijke grenzen van den last op een procureur verstrekt, vooral ook omdat zijne vertegenwoordiging verplicht is, nog al het een en ander is in te brengen, meen ik met de ontwikkeling van het stelsel, zooals ik dit hierboven aangaf, aangetoond te hebben.

Eene andere vraag is het, of de consequentie van het aangenomen stelsel niet medebrengt dat de wraking ook moet worden toegepast op het geval dat een procureur een geding is gaan voeren zonder daartoe in het geheel last te hebben bekomen. Het geval zal zich van zelf niet dikwijls voordoen maar hij kan b.v. een opdracht hebben gevonden in de terhandstelling van stukken, die, naar de bedoeling van partij, alleen plaats had om een advies over een te voeren proces te bekomen. Het verdient opmerking, dat POTHIER, du mandat, waar hij het mandat ad litem tot een bijzonder onderwerp van behandeling maakt, voornamelijk van het désaveu in dit geval spreekt n°. 127, 128, en alleen bij de behandeling van eene bijzondere vraag gewag maakt van het désaveu van bepaalde gerechtelijke handelingen, n°. 130. POTHIER gaat daarbij van de stelling uit dat de procureur tegenover de tegen-

partij niet van volmacht behoeft te doen blijken. „Il est, vis à vis de l'autre partie, suffisamment présumé avoir un pouvoir de sa partie, tant que cette partie pour laquelle il s'est constitué procureur ne le désavoue pas" n⁰. 127. Zeker zou voor het désaveu in dit geval geen grond meer bestaan indien de procureurs niet dan met overlegging van volmacht werden toegelaten. Nu dit evenwel niet het geval is, noch naar onze noch naar de fransche wet, zijn vele fransche schrijvers van oordeel dat POTHIER'S gevoelen ook thans nog gelden moet. BOITARD op art. 352, I p. 547. BOURBEAU V. p. 255 vv. CHAUVEAU aant. op CARRÉ Q. 1301. Bij ons wordt dit gevoelen verdedigd door PENNINCK op art. 263. Verg. v. OPPEN'S Pasicrisie v⁰. ontkentenis v. g. v. n⁰. 3. Ik voor mij geloof niet dat art. 263, evenmin als art. 352, C. d. P., deze uitlegging toelaat. De toelichting tot het laatste artikel door het Tribunaat, den auteur daarvan, gegeven wijst in duidelijke bewoordingen op de bedoeling van beperking. En als men nu bepaalde gevallen opnoemt die het bestaan zelf van de volmacht tot het proces-voeren onderstellen, en van deze wordt niet gerept, niettegenstaande POTHIER het onafwijsbaar vermoeden daarvan op den voorgrond stelt, mag dan de uitlegger tot uitbreiding overgaan? Is dat niet wat met noemt „faire le législateur au petit pied?" Neen, als een procureur zonder mijn last een proces voor mij heeft aangelegd of aanvaard, dan kan het vonnis dat daarin gewezen wordt voor mij niet bindende zijn, omdat ik geen partij in het geding geweest ben en ik wijs de gevolgen van dat vonnis af als alle gevolgen van een mandaat dat ik niet opdroeg. Er bestaat hier niet dezelfde reden voor de noodzakelijkheid van het désaveu als in andere gevallen. Immers in die gevallen kan ik niet ontkennen partij in het proces te zijn geweest en dus het vonnis te hebben gevraagd, waaraan ik mij moet onderwerpen. De analogie ligt niet dáár, waar BOURBEAU die zoekt: „C'est à raison de la position particulière de l'officier ministériel que la loi a principalement introduit l'obligation de le désavouer: elle ne suppose pas que l'avoué ait depassé ses pouvoirs ou qu'il ait agi sans mandat etc." Neen, al heeft men ook het middel van désaveu noodig om zich aan de gevolgen van een niet verstrekten last te onttrekken wanneer men geacht kon worden last te hebben gegeven, de noodzakelijkheid van het rechtsmiddel ligt daarin dat de handelingen door den procureur verricht voor de partij gevolg hebben daar zij gebonden zal worden door een vonnis daarop gewezen. Maar dat is hier het geval volstrekt niet; de onderstelde lastgever is

inderdaad in het proces niet betrokken. Indien men de aangevoerde reden voor dit geval afdoende mocht vinden, — en juist met opzicht tot het procedeeren zelf zonder last is daar wel wat voor te zeggen omdat er veeltijds toch eenige aanleiding zal bestaan hebben en ook de tegenpartij reden had dit te gelooven; — indien men daarom onderstellen mag dat ook de partij voor wie zonder last wordt geprocedeerd, daarvan niet geheel onkundig zal blijven en het dan voor de rechtszekerheid tusschen de partijen beter acht dat zij tot ontkentenis procedeert dan dat zij eene afwachtende houding aanneemt, wat haar echter weder niet kan worden toegerekend, als zij van 't heelė proces niet afweet, dan kan de wetgever de wraking tot dit geval uitbreiden. Maar zoolang hij een beperkende bepaling vaststelt, en de ratio dier bepaling zelve niet op 't geval waartoe men haar wil uitbreiden toepasselijk is, houd ik mij aan de wet. Ook zwicht ik niet voor het argument van BOITARD t. a. p. dat anders „une partie pourra être obligée par le fait d'un avoué qui, par méprise ou par collusion, se sera constitué sans en avoir reçu pouvoir de ce prétendu client." Neen, geen désaveu, want het is hier niet noodig, al meenen sommigen dat het de voorkeur zou verdienen; de procureur is lasthebber, hij kan niet handelen zonder last; doet hij dit dan verbindt hij zijn vermeenden lastgever niet en het geheele proces is voor dezen comme non avenu. Dewijl dit laatste ten aanzien van bijzondere handelingen, die in het proces zonder last verricht werden, niet kan gelden is dáár het désaveu noodzakelijk, hier is het dit niet, al moge men er, ik herhaal het, de voorkeur aan geven, m. a. w., het wenschelijk achten dat de wetgever het ook in dit geval had toegekend. En dit heeft onze wetgever in 1896 gedaan door de bepaling van art. 272, hetwelk de summiere behandeling voor het désaveu voorschreef, te vervangen door het voorschrift waarbij het désaveu toepasselijk wordt verklaard op het geval dat een procureur zonder opdracht als zoodanig voor een partij optreden mocht.

Aard van het rechtsmiddel.

De wraking van gerechtelijke handelingen is eene rechtsvordering tot nietigverklaring van de bovengemelde handelingen door den procureur in den loop van een rechtsgeding zonder schriftelijke volmacht van zijne partij verricht en bijgevolg van alle daaruit voortgekomen akten van het geding en vonnissen, zoowel die van instructie als eindvonnissen. Art. 263, 268, 270.

Mocht een procureur zonder daartoe volmacht te hebben bekomen

voor eene partij zijn opgetreden dan geldt de vordering tot nietig verklaring alwat hij in het geding verrichtte en de vonnissen welke daarvan het gevolg zijn geweest, art. 272, 263, 268, 270.

De vordering komt toe aan de partij wier procureur zonder volmacht heeft gehandeld en aan hare erfgenamen tegen dien procureur, hetzij hij nog in betrekking is of niet en, indien hij overleden is, tegen zijne erfgenamen, en voorts tegen de tegenpartij. Art. 263, 264.

Zij kan eene incidenteele maar ook een principale, op zich zelve ingestelde, vordering zijn. Artt. 265, 269, 267, 270.

De beschrijving van het rechtsmiddel in art. 263 en die van de gevolgen daarvan in artt. 268 en 270 voor het geval dat de rechter de wraking gegrond bevindt, wijzen er duidelijk op, dat wij hier met eene vordering tot nietigverklaring van anders bindende handelingen en de gevolgen van deze te doen hebben. Wanneer ik ook dit incident op bl. 2 bracht tot de maatregelen van procedure in tegenstelling van incidentele vorderingen, dan is dit het gevolg geweest van zijn verband met de schorsing en hervatting van het rechtsgeding in zoover deze in verband staat met verandering in den staat van de procureurs. Maatregelen van procedure zoude men ze in zeer algemeenen zin maar eigenlijk niet in de op bl. 2 voorkomende tegenstelling kunnen noemen. Naar aard en inhoud zoude de ontkentenis van rechterl. verrichtingen dan in onze tweede afdeeling tehuis behooren.

De vordering is in de eerste plaats gericht tegen eene handeling van den procureur, die, als onbevoegd auteur daarvan, zich daarover zal hebben te verantwoorden en ook eigenlijk alleen het beweren, dat hij geen volmacht gehad heeft, kan tegenspreken. Niettemin, en ofschoon de nietigverklaring zijner handeling ook voor hem rechtsgevolg zal hebben, is daarin ook de tegenpartij betrokken, die daaruit rechten kon afleiden en daaruit aanspraken verkreeg welke door het aannemen der wraking opgeheven zullen worden. Ook deze moet alzoo in de gelegenheid gesteld worden aan het geding over de wraking deel te nemen, gelijk wij zien zullen.

De beslissing des rechters zal afhangen van de vraag of de procureur, toen hij de nu gewraakt wordende handeling verrichtte, eene schriftelijke volmacht daartoe had, „of de partij hem die had gegeven", zooals art. 263 zegt, of van de partij de opdracht had gekregen om

voor haar het geding te voeren. art. 272. Indien hij dus die volmacht tegenover de wraking kan vertoonen doet het er niet toe of hij die bij het verrichten der handeling niet heeft overgelegd of daarvan geen melding heeft gemaakt. En wanneer de partij de handeling later mocht hebben bekrachtigd dan zal zij zeker ook hier ex art. 1844 § 2 haar recht tot wraking niet meer kunnen doen gelden. Het komt er immers op aan dat de procureur de partij niet buiten haren wil verbinden mag.

De strekking van de vordering tot wraking is in art. 263 niet volledig of althans niet duidelijk omschreven. Onder „de daaruit voortgevloeide akten van den processe" kan men niet dan gedwongen het vonnis brengen, vooral wanneer daarnaast van vonnissen gesproken wordt en deze vonnissen weer bepaaldelijk de zoodanigen zijn, „welke gewezen werden om de zaak in staat van wijzen te brengen," waarmede volgens den fr. tekst van het Wetboek van 1830 „jugements d'instruction" worden bedoeld. En toch is het niet twijfelachtig dat ook eindvonnissen door de ontkenning van onwaarde worden verklaard, gelijk uit art 270 duidelijk blijkt. Was art. 352 C. de pr. wat heel kort en vreemd gesteld, onze wetgever begaf zich bij de overbrenging in noodelooze uitweiding. Het eerste lid van art. 263 ware met de overige bepalingen, waaruit het nu nog weer aanvulling behoeft, beter in overeenstemming, wanneer na „kunnen ontkennen" niets meer volgde dan: „bij eene eenvoudige akte — zijn ontkend." En als het slot van het artikel in eene afzonderlijke bepaling ware opgenomen zou 't ook nog beter overwogen zijn geworden. Nu slaat de in art. 263 aangegeven strekking alleen op het geval dat de wraking het voorwerp van een incident in den eersten aanleg of in het hooger beroep uitmaakt en 't verband, dat in 't Wetb. van 1830 tusschen artt. 263 en 269 met 270 bestond, is door de inlassching van art. 266—68 formeel verbroken.

Dat de vordering toekomt aan de partij wier procureur zonder volmacht heeft gehandeld behoeft geene nadere verklaring: dat ook hare erfgenamen de vordering kunnen instellen spreekt van zelf. Ook van de erfgenamen des procureurs zou in art. 264 niet gesproken zijn, indien niet de fr. wetgever in art. 355 daartoe aanleiding had gevonden in POTHIER n°. 130, die er van spreekt omdat er „autrefois, mal à propos" aan getwijfeld was. Het geheel is in overeenstemming met de beginselen van lastgeving. Een procureur wordt gedesavoueerd omdat hij, geen last hebbende, zijne partij niet kon verbinden;

dat feit kan met zijn gevolg niet ongedaan gemaakt worden door den dood des procureurs, de daaruit ontstane gevolgen gaan met alle zijne andere rechten en verplichtingen op de erfgenamen over. Dat de wetgever eens van de erfgenamen gewagende ook weer van het geval moest spreken dat de procurenr inmiddels uit zijne bediening is getreden (art. 165; „n'excerce plus ses fonctions" art. 355 C. de pr.) verklaart zich uit de vrees voor eene ongerechtvaardigde toepassing van het argumentum a contrario. Hij wordt niet aangesproken, omdat hij procureur i s, maar om hetgeen hij als procureur h e e f t g e d a a n en waarvoor hij vanzelf, ook nadat hij uit zijne bediening getreden is, aansprakelijk blijft.

Het incidenteele karakter der ontkentenis wordt in de wet door de plaatsing van het onderwerp en zijne behandeling op den voorgrond gesteld. Incidenteel wordt de vordering wanneer zij in een aanhangig geding ingesteld wordt, artt. 265, 269. Zij wordt eene principale, wanneer zij buiten een geding op zich zelve wordt ingesteld, waartoe art. 270 betrekking heeft.

Bevoegde rechter.

De vordering tot ontkentenis, hetzij incidenteel of als een principale ingesteld, behoort tot die bevoegdheid van den rechter voor welken de ontkend wordende handeling is verricht, art. 263, 265, 270, of van den rechter, bij wien de hoofdzaak in hooger beroep is aanhangig gemaakt. Art. 269.

Dat de kennisneming van de vordering tot wraking wordt gebracht voor den rechter voor wien de gewraakt wordende handeling verricht is, daarvoor kunnen twee redenen worden aangevoerd. Vooreerst is die rechter met de handeling bekend en beter dan anderen in staat om, zooals BOITARD zegt, over de „mérites de l'action en désaveu" te oordeelen. De andere reden is dat de aanneming der wraking al licht zal leiden tot van onwaardeverklaring van vonnissen door dien rechter gewezen. Waar hij op ondeugdelijke stukken heeft geoordeeld is 't wenschelijk, dat hij z e l f op zijn oordeel kunne terugkomen, dewijl hij nu eerst de zaak beoordeelen kan zooals zij hem had behooren voorgelegd te worden.

Wanneer nu de vordering zich incidenteel voordoet dan kan dit n a a r d e o n d e r s t e l l i n g d e s f r a n s c h e n w e t g e v e r s op tweeërlei wijze plaats hebben; òf in het geding zelf waarin de bestreden handeling werd verricht en voor dat daarin eindvonnis gewezen werd, dan

is er nauwelijks aan een ander rechter te denken; òf in dit geding in hoogere instantie, in appèl; met toepassing van hetzelfde beginsel moet dan volgens art. 356 C. d. p dit incident naar den lageren rechter worden gerenvoyeerd bij wien het dan den vorm van eene hoofdzaak aanneemt.

De vordering tot désaveu wordt eene principale in het derde door de fransche wet onderstelde geval, dat de ontkentenis opkwam nadat de zaak bij gewijsde was afgedaan; zij staat dan niet in verband met een hangend geding, art. 362, en dan vindt de regel omtrent de bevoegdheid gemakkelijk zijne toepassing. De fr. wetgever voorziet bovendien nog in het geval dat eene buiten eenig geding verrichte handeling gedesavoueerd wordt. Dan valt evenwel de toepasselijkheid van den regel omtrent de bevoegdheid weg en wordt de vordering gebracht voor den rechter van den verweerder, art. 358. C. de pr.

Het Wetb. van 1830, dat het met veel minder bepalingen omtrent dit onderwerp meende te kunnen stellen, onderstelt in art. 224 het geval dat het geschil zich voordoet in hetzelfde geding waarin de handeling verricht werd en had in dat geval omtrent de bevoegdheid des rechters niets te bepalen. Die rechter was vanzelf bevoegd. De rechter over de hoofdzaak is rechter over het incident. Kwam het incident in appèl voor, art. 225, dan werd deze laatste regel toegepast en de rechter in hooger beroep bevoegd verklaard dit punt te beslissen. De eerste straks vermelde reden voor de bevoegdverklaring van den rechter voor wien de handeling verricht werd sluit de geschiktheid van den rechter in appèl niet uit: en de tweede reden is evenmin afdoende hier als bij request civiel waar ook eerst tot den eersten rechter teruggekeerd wordt, als er geen appèl meer openstaat Eindelijk wees het W. v. 1830 uitdrukkelijk den rechter aan voor wien de handeling was geschied, indien het vonnis in gewijsde was gegaan omdat dan dit vonnis zou moeten ingetrokken worden en daartoe zeker de rechter die het wees dan alleen bevoegd te achten was. De regeling van de bevoegdheid voor de drie gevallen, die zich in verband met art. 224 kunnen voordoen, maakte alzoo een regel voor de bevoegdheid, zooals art. 356 C. de pr. dien stelde, overbodig. Eene bepaling als die van art. 358 C. de pr., voor het geval dat eene buitengerechtelijke handeling gedesavoueerd werd, verviel omdat nu art. 224 het désaveu beperkte tot handelingen in den loop van een geding verricht, er geen sprake kon zijn van een „acte sur lequel il n'y aura point instance."

Bij de herziening in 1837 meende onze wetgever dat ook in deze

afdeeling van tit III „weder eenige te voren weggelaten bepalingen van het fransche wetboek" moesten worden opgenomen, „welke noodzakelijk zijn toegeschenen, ten einde zooveel mogelijk dit onderwerp tot volkomenheid te brengen." V. D. HONERT Inl. op de 13de afd. Waren indertijd de bepalingen van het O. 1827 (W. 1830) toegelicht geworden, en had men in 1837 de toen noodig geachte aanvullingen grondig overwogen, men zou de meerdere volkomenheid niet in zoodanige aanvullingen hebben gevonden, die de gevolgen van eene door den rechter aangenomen ontkentenis nu meer volkomen schijnen te regelen, doch verwarring in plaats van orde hebben aangebracht.

Nu is, in art. 265, art. 356 C. de pr. overgenomen, dat betrekking heeft op het geval dat de ontkentenis in eene andere instantie nl. in appèl wordt gedaan. In dat geval wil de fr. wetgever de ontkentenis naar den eersten rechter verwezen hebben en dan moest natuurlijk het geding op de hoofdzaak in appèl geschorst worden, art. 357. Onze wetgever behield evenwel, in art. 269, de bepaling van 225 W. 1830, waarbij de kennisneming van de ontkentenis aan den rechter in appèl zelven opgedragen wordt. Daarom liet men in 1830 terecht èn art. 356 èn 357 C. de pr. weg als hare beteekenis verloren hebbende. Nu hebben we twee bepalingen teruggekregen die de afdeeling tot dien graad van volkomenheid brengen, dat zij zelfs in gevallen voorziet die, zooals artikel 265 geschreven is, niet kunnen voorkomen. Ik gis dat de wetgever zich voorgesteld heeft dat de ontkentenis plaats had niet bij een appèl van het vonnis dat op eene gewraakte handeling was gewezen, maar in eene geheel andere ZAAK. Art. 265 zegt, „ofschoon ook de zaak waarin zij voorvalt voor een anderen rechter hangende is:" art. 356 zegt evenwel „encore que l'instance dans le cours de laquelle" etc., heeft daarbij het oog op het appèl en heeft dan ook over het appèl geen nadere bepaling. Nu behoeft men niet langer over de zaak na te denken om tot de overtuiging te komen dat eene wraking in eene geheel andere zaak niet kan voorkomen. Want op handelingen in een ander proces verricht kan men zich nauwelijks beroepen; het zou wel een beroep moeten zijn op het vonnis op die handelingen gewezen, maar zou dat dan niet een gewijsde moeten zijn en is het aan te nemen dat daartegen nog ontkentenis zou openstaan? Zie art. 270.

Had ook de wetgever in 1830, nadat hij in art. 224 het désaveu alleen had toegelaten ten opzichte van aanbiedingen, enz. gedurende den loop van een geding gedaan, art. 358 C. de pr. niet terecht weggelaten dat alleen op handelingen buiten een geding verricht

toepasselijk kan zijn? Had ook niet onze wetgever beter gedaan in de wederopneming van die bepaling in art. 257, niet een middel te zien om „dit onderwerp zooveel mogelijk tot volkomenheid te brengen?" Immers ook hij schreef in art. 263, en hij bleef daarbij afwijken van den Code: Indien gedurende den loop van een geding in naam van een der partijen eenige aanbiedingen zijn gedaan" en achtte alleen dan het middel van ontkentenis noodig.

Ik heb in den tekst van de algemeene bewoordingen van art. 265 nog eenig gebruik gemaakt omdat ik dan het geval van art. 270 niet uitdrukkelijk en afzonderlijk behoefde te vermelden, maar ik meen in het gezegde voldoende te hebben aangetoond dat art. 265 zooals het geschreven is voor het overige, en als gevolg daarvan art. 266 evenmin als artt. 267 en 268, in onze wet reden van bestaan hebben. Er is slechts één geval, waarin ik mij kan voorstellen dat artt. 265 en 266 in toepassing zouden kunnen komen, wanneer men nl. aan die uitdrukking eene andere zaak niet te streng vasthoudt nl. in cassatie. Onderstel dat aanbiedingen, enz. zonder last zijn gedaan in eersten aanleg of in appèl zonder dat eene ontkentenis plaats had. Men wil dit alsnog doen en beroept er zich op in cassatie. Het vonnis is dan wel in het hoogste ressort gewezen, maar niet in gewijsde gegaan, in ieder geval is de executie door de cassatie geschorst. De ontkentenis staat dan nog open volgens art. 270, maar de H. Raad kan daarvan in cassatie geen kennis nemen. Nu zou art. 266 te baat kunnen worden genomen om het geding in cassatie te doen schorsen. Werd dan de wraking aangenomen zou wel het geding in cassatie bij gebreke van voorwerp of om de kosten met eene niet-ontvankelijkverklaring kunnen eindigen, en werd zij verworpen zou het kunnen worden voortgezet. Doch, is het zeer gewaagd te meenen dat de wetgever aan dat geval niet dacht, vooral omdat de schorsende kracht van de cassatie hier invloed oefent en deze lang twijfelachtig is geweest?

Aanm. Wanneer men bij de wording van onze wet, het Wetboek van 1830 niet raadpleegt, maar den tegenwoordigen tekst van de 13de afd. naast dien van tit. 18 van den C. de pr. legt, dan kan ik mij voorstellen dat men uit het nauwe verband van art. 269 en 268 gaat redeneeren als OUDEMAN I § 136 bl. 304 in Opm. en Med. XI. bl. 157, en PENNINCK ad art. 278 en dat men tot eene opvatting van art. 269 komt met de door mij aangegevene in strijd. Let men op den

oorsprong van art. 269 uit art. 225 W. 1830, en ziet men hoe onnadenkend art. 267 werd nageschreven en hoe weinig doordacht art. 265 werd opgenomen, dan is er geen twijfel dat de wetgever in art. 269 niet, zooals OUDEMAN meent, gedacht heeft aan een beroep op de in eersten aanleg deugdelijk verklaarde ontkentenis. Hoe zou er dan van een doen vervolgen van de zaak ten principale sprake kunnen zijn? OUDEMAN ziet over het hoofd dat CARRÉ door hem aangehaald dan ook niet van een voortzetting der zaak spreekt, maar van „seront mises hors de cause."

Vorm van procedure.

De vordering tot ontkentenis wordt gedaan in den vorm van een verzoek aan den rechter, voor wien de gewraakte handeling verricht werd of aan den rechter in appèl indien de vordering betreft handelingen in den eersten aanleg verricht. art. 263.

Wordt de vordering gedaan in den eersten aanleg zelven, waarin de handeling werd verricht, dan geschiedt zij bij eenvoudige acte aan den gewraakten procureur en aan den procureur der tegenpartij beteekend, met oproeping tegen den aangewezen rechtdag tot verwering op de wraking. art. 263.

Is de procureur inmiddels uit zijne bediening geraakt, dan wordt de vordering tegen hem, en, wanneer hij overleden is, tegen zijne erfgenamen bij dagvaarding ingesteld en aan de tegenpartij beteekend bij procureursacte. art. 264.

Wordt de vordering in den aanleg van hooger beroep gedaan, dan wordt zij op dezelfde wijze ingesteld bij den rechter in hooger beroep. art. 269.

Wordt de vordering ingesteld onafhankelijk van een hangend geding dan kan zij wel in den vorm van een verzoek gedaan worden, maar de beteekening van dit verzoek zal noodzakelijk moeten vergezeld gaan van een dagvaarding van den gewraakten procureur en van de tegenpartij in het geding waarin de ontkende handeling verricht werd, op welke het in het hoogste ressort gewezen of in kracht van gewijsde gegeven vonnis is gewezen. De tenuitvoerlegging van dit vonnis wordt gedurende den loop van het geding over de wraking geschorst. art. 270.

Het geding in zake van wraking wordt als eene incidenteele vordering behandeld, wanneer zij in een geding hetzij in eersten aanleg of in hooger beroep wordt aangebracht. Art. 263, 264. Wordt zij onafhankelijk van een hangend geding gevorderd dan moet de algemeene regel omtrent

verweren en voldingen worden gevolgd en kan daarbij op korten termijn worden gedagvaard als in art. 145 is bepaald. arg. art. 270.

Het geding over de hoofdzaak wordt geschorst totdat op dat over de wraking is recht gedaan op straffe van nietigheid. De rechter kan echter de partij die tot wraking procedeert bevelen dit geding binnen een zekeren door hem te bepalen tijd voort te zetten of dat anders zonder verwijl op de hoofdzaak zal worden recht gedaan. Art. 266.

Het O. M. moet in deze zaak gehoord worden. Art. 324 n^{0}. 12.

De verschillende omstandigheden waaronder zich de vordering tot wraking kan voordoen zijn bij de behandeling van den in dezen bevoegden rechter ontwikkeld en met het oog daarop is dan ook hier de wijze van behandeling der vordering in de verschillende omstandigheden voorgesteld. De wetgever, die door de overneming van bepalingen uit het fr. wetb. deze afdeeling tot meerdere volkomenheid wilde brengen, had te dien opzichte nog wel iets aan te vullen of te verduidelijken gehad, wat ook de fr. wetgever verzuimde en de beknopte behandeling van het onderwerp in W. 1830 minder noodzakelijk maakte.

Het komt mij voor dat voor den gang der procedure in het algemeen de boven voorgestelde met de wet overeenkomstig is, en dat, waar de wet op de omstandigheid waaronder de vordering ingesteld wordt niet in 't bijzonder lette, zij in de boven aangegeven wijze naar haren geest is toegepast.

Dat de vordering als incident voorkomende bij een eenvoudige acte van procureur tot procureur wordt aangebracht was onder de wet van 1838 niets ongewoons, men houde daarbij echter de mogelijke beteekenis van zulk een eenvoudige acte in het oog en bedenke, dat zij niet altijd en ook niet hier, waar natuurlijk de gronden waarop de vordering steunt daarin moeten worden opgenomen, zoo heel eenvoudig er kan uitzien. Verg. art. 247 (oud).

Beteekening bij eenvoudige acte was niets ongewoons, als het incident in eene zaak van gewone behandeling voorkwam. Arg. art. 247 moest dit regel zijn, en dat het incident dan bij conclusie ter audiëntie werd gebracht volgde uit het voorschrift van art. 272 dat de summiere behandeling daarvan beval. Het instellen van de vordering bij conclusie ter audientie was voor incidenten in zaken van summiere behandeling algemeen voorgeschreven in art. 141. Dat is nu wel voor alle

incidenteele vorderingen regel geworden (art. 247) maar de bepaling omtrent de summiere behandeling van art. 272 (oud) is weggevallen en de beteekening bij eenvoudige acte met oproeping ter terechtzitting is in art. 263 behouden gebleven. Deze zal dus aan het nemen der conclusie ter terrechtzitting moeten voorafgaan. Het spreekt van zelf dat de eenvoudige acte eene procureurstelling moet bevatten en dat van den aldus gestelden procureur de beteekening moet uitgaan, aangezien de incidenteele vordering tegen den in de hoofdzaak opgetreden procureur, wiens handeling gewraakt wordt, wordt ingesteld. Dat de aan dezen laatsten gedane opdracht tot behandeling der hoofdzaak wel zal zijn of worden herroepen en dat alzoo de voor de wraking gestelde procureur wel met de verdere behandeling van de hoofdzaak zal worden belast, laat zich licht begrijpen. Ik heb van den v o r m v a n v e r z o e k gesproken om de woorden van art. 262 „zal den rechter kunnen v e r z o e k e n" maar een formeel verzoekschrift is daarmede niet voorgeschreven en de conclusie van het verzoek, „dat het den rechter b e h a g e te verstaan," beantwoordt daaraan voldoende.

Een andere bijzonderheid is deze dat de gewraakte procureur nu niet meer als vertegenwoordiger eener partij maar voor zich zelven persoonlijk in het geding komt en dat alzoo een derde bij procureurs-acte in een tusschen anderen hangend geding geroepen wordt. Maar daarom krijgt die eenvoudige acte hier, al wordt de vorm er eenigszins door gewijzigd, het karakter eener dagvaarding, art. 263 § 2. Men zie de formulieren van de acte tot ontkentenis bij OUDEMAN form. n°. 104 en bij v. D. HONERT formulierboek n°. 123. Zij moet dan ook den dag der verschijning in rechte aanwijzen wat nu de aan de tegenpartij beteekende acte ook moet inhouden. Voor die dagvaarding moet de gewone termijn in acht genomen worden tenzij verlof verleend wordt om op korten termijn te dagvaarden, en de gedaagde procureur zal procureur moeten stellen, al stelt hij zich zelven.

Heeft de wetgever van 1896 zich zijne taak om de wet met de afschaffing van de gewone behandeling in overeenstemming te brengen niet wat heel gemakkelijk gemaakt, door de herinnering aan de summiere behandeling eenvoudig te schrappen en juist die aan de gewone behandeling te behouden?

Indien de procureur intusschen uit zijne bediening mocht geraakt zijn of wanneer hij overleden mocht zijn valt te zijnen aanzien de beteekening bij procureurs-acte weg en moet de oproeping wel bij

eene gewone dagvaarding geschieden. Onze wetgever drukt dat niet zeer duidelijk uit door in art. 264 te zeggen dat in deze gevallen de ontkentenis „door een deurwaarder zal worden beteekend" want de beteekening van procureurs-acten geschiedt ook door een deurwaarder, maar de fransche wetgever zeide het in art. 355 duidelijker „sera signifié par exploit avec assignation" en dat deze de bedoeling is blijkt ook uit hetgeen volgt, dat nl. aan de tegenpartij de ontkentenis dan bekend wordt gemaakt bij akte van procureur tot procureur. Bij zoodanige procureurs-acte kan dan een afschrift van de tegen den procureur of diens erfgenamen uitgebrachte dagvaarding beteekend worden. V. D. HONERT Formulierboek n°. 124, 125. De procureur of diens erfgenamen worden nu niet gedagvaard voor den rechter van hun domicilie, maar zij zijn, als in 't geval van vrijwaring, onderworpen aan den rechter die over de hoofdzaak en dientengevolge ook over de wraking oordeelt. Dit is trouwens ook het geval wanneer de wraking tegen den procureur zelven ingesteld wordt.

Dat in appèl op dezelfde wijze ter zake van het incident geprocedeerd wordt is duidelijk genoeg. Ook daar zal men door de ontkentenis in de eerste plaats de verrichte handelingen en de daarop gewezen vonnissen om de zaak in staat van wijzen te brengen (jugements d'instruction) doen vernietigen en of dan het eindvonnis zelf vernietigd moet worden, zal de verdere behandeling der zaak ten principale leeren. Al is het waarschijnlijk dat ook die hoofdzaak wel anders zou beslist zijn, indien de nu vernietigde handelingen niet hadden plaats gehad, a priori staat dit toch volstrekt niet vast. In W. 1830 kwam dit in art. 225 duidelijk uit. Het artikel verwees naar het daar voorafgaande art. 224 (ons art. 263) en kon dus niet anders zeggen dan dat de gewraakte handeling en de daarop gewezen vonnissen van instructie werden vernietigd. Als de aangenomen ontkentenis ook reeds de vernietiging van het eindvonnis waarvan appèl ten gevolge moest hebben, hoe zou er dan nog sprake kunnen zijn van het vervolgen der zaak ten principale? Ons art. 269 verwijst met „de nietigheid der in het voorgaande artikel vermelde acten en vonnissen" niet meer naar art. 263 waarop het in W. 1830 volgde, maar naar het tegenwoordig art. 268 hetwelk in het algemeen spreekt van het vonnis hetwelk op de ontkende verrichting is gewezen en dat is toch zeker ook het eindvonnis waarvan hooger beroep is ingesteld. Art. 268 is ook in 1837 tot meerdere volkomenheid, weer uit de fr. wet,

art. 360, overgenomen, maar was het daar misschien op zijn plaats, wij kunnen het missen voorzoover het terugslaat op art. 265, 266 en 267, die wij gezien hebben dat voor toepassing zoo goed als niet vatbaar zijn, terwijl wij het voor de gevallen van art. 263, 269 en 270 niet noodig hebben omdat deze bepalingen beter zeggen datgene wat wij daarvoor uit art. 268 zouden afleiden. De slotwoorden van art. 269 „en de zaak ten principale doen vervolgen" behoeden ons voor de verkeerde gevolgtrekking die uit art. 268 anders zou kunnen gemaakt worden.

Wanneer de hoofdzaak in appèl hangende is en de gewraakt wordende procureur inmiddels uit zijne betrekking is getreden of is overleden of niet in de zaak in appèl dient, wordt hij of worden zijne erfgenamen in den aanleg van het hooger beroep gedagvaard als in eersten aanleg naar aanleiding van art. 264.

De vordering wordt ingesteld onafhankelijk van een hangend geding.

Wil men hier den vorm van een verzoek aan den rechter behouden, dit kan met de woorden van art. 263 verdedigd worden. Maar van eene beteekening bij procureurs-acte kan hier geen sprake wezen. Partijen staan niet tegenover elkander in een geding, hebben dus geen procureur. Zij zullen dien eerst krijgen als zij over de wraking geding gaan voeren. En dit geding moet aanvangen met eene dagvaarding. Wil men daaraan een verzoek laten voorafgaan en de dagvaarding in de beteekening daarvan doen bestaan, zij zal de middelen aan het verzoek ontleenen en ook aan de verdere vereischten van dagvaarding kunnen maar ook moeten voldoen.

Hoogste ressort of kracht van gewijsde. Zoodra een vonnis in het hoogste ressort gewezen is, is dus eene afzonderlijke vordering noodig; alzoo kan in het geding in cassatie geen ontkentenis plaats hebben als volgens art. 269 in appèl. Daar zou de behandeling hierboven op bl. 241 aangewezen te pas kunnen komen. In het geval van art. 270 wordt de strekking van de vordering natuurlijk een andere. Dan vraagt men op grond van de wraking, die men natuurlijk gegrond acht, intrekking van het eindvonnis. De rechter zal die daarom niet altijd uitspreken. Want al vernietigt hij de acten, het kan zijn dat hij het eindvonnis als wel daarop maar niet onder den invloed daarvan gewezen beschouwt.

Terwijl hier nu in het geheel van eene beteekening bij procureursacte geen sprake kan zijn, wordt de gewraakt wordende procureur of zijne erfgenamen met de personen die partij geweest zijn in de zaak, waarin het in te trekken vonnis werd gewezen, gedagvaard, en dit voor den rechter niet van hunne woonplaats of die van een hunner, maar voor den rechter die het vonnis heeft gewezen, art. 270. Dat de vroegere tegenpartij moet gedagvaard worden zegt art. 270 niet uitdrukkelijk; het ligt in den aard der zaak en wordt bevestigd door de ofschoon nu overbodige bepaling van art. 265.

Hangende het geding over de ontkentenis wordt in dit geval de tenuitvoerlegging van het vonnis geschorst. Art. 270 § 2. En indien dat vonnis voorloopig uitvoerbaar verklaard was? Ook dan; want dit geschiedt alleen niettegenstaande verzet, hooger beroep of cassatie. En zoo vervalt ook de vordering tot wraking zoodra het vonnis ten uitvoer gelegd is. Dat kan hier niet anders beteekenen dan tenuitvoergelegd zonder dat de partij zich daartegen verzet heeft, dus dat de tenuitvoerlegging is afgeloopen. De fransche wetgever maakt hier de bepaling omtrent verstek-vonnissen toepasselijk met een termijn van acht dagen „à dater du jour où le jugement devra être réputé exécuté aux termes de l'art. 159.''

Wanneer het verzet niet binnen den tijd dat daartoe gelegenheid wordt gegeven plaats vindt, valt de mogelijkheid van wraking weg, de handelingen binden nu niet omdat zij in naam van de partij verricht werden, maar omdat zij nu mogen geacht werden stilzwijgend te zijn bekrachtigd. Ik kan daarom niet met DE PINTO II § 191, 3^0 bl. 396, aannemen dat, ofschoon de intrekking van het vonnis niet meer kan worden verkregen, de actie tot schadevergoeding nog tegen den procureur zou openstaan. Allerminst wordt dit bewezen door de woorden van art. 271, die de actie tot schadevergoeding tegen den procureur toekennen, *wanneer de eisch tot ontkentenis tegen hem wordt toegewezen*. Er moet dus nog een eisch tot ontkentenis tegen hem mogelijk zijn, en art. 270 sluit die, in het door DE PINTO onderstelde geval, uit, omdat het hoofdvoorwerp van den eisch tot ontkentenis in het daar behandelde geval d. i. de intrekking van het vonnis, dáárvan afhankelijk wordt gesteld, dat het vonnis nog niet is ten uitvoergelegd.

Dat de actie tot schadevergoeding tegen den procureur, ook zonder de bepaling van art. 272 aan de door hem vertegenwoordigde partij ex art. 1838 B. W. zou toekomen neemt, dunkt mij, niet weg dat de wetgever de actie aan de ontkentenis verbindende die ook daarvan

afhankelijk heeft willen stellen. Dat de zaak met opzicht tot de tegenpartij met de tenuitvoerlegging van het vonnis uit is, volgt uit art. 271 duidelijk, maar dat de gewraakte handelingen ook met opzicht tot de partij zelve geacht worden te zijn bekrachtigd, dit kan ook in art. 271 liggen en voor mij is deze beperking van het recht der partij zelve om het diffamatoir karakter der actie zeer aannemelijk. En worden door de instelling der hier geregelde ontkentenis de gevolgen van het mandaat nl. ad litem en wat daarmede in verband staat niet op een bijzondere wijze geregeld? Zou zij dan gedurende dertig jaren open blijven? Met het gevoelen van DE PINTO vereenigt zich v. ROSSEM op art. 171 bl. 296.

Behandeling van het geding. Door het algemeen voorschrift van art. 272 (oud) waren alle verzoeken tot vernietiging van gewraakte handelingen, of zij zich incidenteel of als principale zaken voordeden, aan de summiere behandeling onderworpen. De thans daarmede eenigszins overeenkomende behandeling voor de incidenteele vorderingen in art. 247 voorgeschreven, kan nu natuurlijk alleen worden toegepast als de wraking als incidenteele vordering voorkomt. Is zij eene principale, doordien zij op zichzelve ingesteld wordt, dan moet wel de behandeling voor principale zaken in de afdeeling over het verweren en voldingen voorgeschreven in toepassing komen.

Vergoeding van kosten, schade en interessen.

Terwijl naar den algemeenen regel ook in dit geding hetzij incidenteel hetzij als hoofdzaak aangelegd, de partij die in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld, kan nog bovendien de in het ongelijk gestelde procureur niet alleen jegens den eischer maar ook jegens de andere partij en evenzoo de eischer, indien de wraking wordt afgewezen, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen worden veroordeeld, indien daartoe gronden zijn.

De procureur kan door den rechter in zijne bediening worden geschorst of daarvan ontzet. Art. 271.

In het Wetb. van 1830 bevatte art. 227 eenvoudig deze bepaling: „Celle des parties qui succombe en matière de désaveu sera condamnée aux dommages et intérets s'il y a lieu." Bij de herziening werd aanvankelijk deze bepaling weggelaten en daarvoor in de plaats gesteld, dat de procureur tegen wien de eisch wordt toegewezen zou kunnen

worden geschorst of ontzet. Zoo werd weggelaten wat noodig kon zijn te bepalen, bepaald wat hier weinig op zijn plaats was. Toen op het behoud van art. 227 werd aangedrongen ook omdat er anders eene gaping zou zijn ingeval dat de procureur overleden is, of geene zaken meer waarneemt, kwam men tot art. 360 C. de pr. terug en nam het tweede gedeelte daarvan nagenoeg geheel over.

Het kon noodig zijn, zeide ik, van die veroordeeling tot schadevergoeding uitdrukkelijk te spreken. Niet wat den in het ongelijk gestelden procureur betreft tegenover zijne partij. Jegens deze is hij zeker ex art. 1838 B. W. aansprakelijk. Maar dat hij ook tot schadevergoeding wordt aansprakelijk gesteld jegens de andere partij, dat had eene uitdrukkelijke bepaling noodig als aan die andere partij het recht daartoe moest toegekend worden. Het werd geleerd door POTHIER du mandat n°. 130: „D'un autre côté, ce procureur, en se portant faussement pour avoir pouvoir de moi, s'est obligé envers la partie contre qui il occupait, aux dommages et intérêts résultant de l'erreur dans laquelle il l'a induite.'' Lettende op de gevallen waarin onze wet de ontkentenis toelaat, zou ik meenen dat aan die tegenpartij kan worden tegengeworpen dat zij door eigen schuld schade lijdt omdat zij naar des procureurs volmacht niet heeft gevraagd en, terwijl zij daarvoor zelve een procureur heeft, zou men haar met hare actie tegen haren nalatigen procureur voldoende beschermd kunnen achten. Noodig was ook de bepaling dat de in het ongelijk gestelde eischer aan eene actie tot schadevergoeding zou blootstaan. Immers van een ingestelden eisch die wordt afgewezen draagt men het nadeel in de vergoeding der proceskosten. Maar daarmede is in casu de schade, die vooral de procureur kan hebben geleden in zijne betrekking door eene rechtsvordering, die tevens een beschuldiging van plichtverzuim tegen hem inhoudt, niet goed gemaakt.

„Le désavoué sera condamné'' zeide art. 360 C. de pr. Waarom bleef men bij de herziening in 1837 van procureur spreken, niettegenstaande art. 227 W. 1830 algemeener sprak van de partij en de aanmerking gemaakt was dat in het geval dat de procureur overleden was of geene zaken meer waarneemt, niet was voorzien? Het gevolg zal kunnen zijn dat nu de verplichting tot schadevergoeding jegens de tegenpartij voor de erfgenamen des procureurs wegvalt, maar de uit zijne betrekking getreden procureur wordt wegens eene handeling, die hij als procureur verrichtte aangesproken en veroordeeld en op hem is dus ook de letter van art. 271 toepasselijk. Dat voorts de erfgenamen van den procureur jegens de partij zelve aansprakelijk

zijn, kan de beperkende bepaling van art. 271 niet beletten, omdat zij het van elders zijn.

Het zal nauwlijks noodig zijn op te merken dat deze schadevergoeding door den rechter niet wordt uitgesproken, indien zij niet wordt gevorderd. De tegenpartij zal, ofschoon in dit geding gedaagde, op grond van dit artikel tot de veroordeeling van den procureur ook jegens haar kunnen concludeeren. En zoo zal zij ook en a fortiori, als zij den eisch niet tegenspreekt, den procureur jegens haar in de kosten doen veroordeelen. Met referte aan het oordeel des rechters kan zij veroordeeling jegens haar in de kosten vragen van de in het ongelijk gestelde partij. Eene referte kan hier niet schaden omdat de tegenpartij, ofschoon medegedaagde, tot het instellen der vordering geen aanleiding gaf. Verg. Dl. II, bl. 210.

Van eene mogelijke schorsing of ontzetting van den procureur behoorde hier niet gesproken te worden. Want de onderstelling is, dat de rechter die schorsing of ontzetting bij deze gelegenheid en derhalve in het tusschen deze partijen te wijzen vonnis uitspreke. Maar dit is geene zaak tusschen de partijen. Al kan het O. M., dat moet gehoord worden, aan zijne conclusie een requisitoir tot schorsing of ontzetting toevoegen, het brengt een onderwerp in het geding dat er niet toe behoort. Overigens valt het niet te ontkennen dat eene schorsing niet alleen, maar ook eene ontzetting hier verdiend kan zijn. Terwijl nu het reglement n°. 3 zonderling genoeg alleen van schorsing sprak, bevatte de wet in art. 271 om die reden geene overbodige bepaling, maar het is duidelijk dat het reglement, hetwelk eene algemeene bepaling bevat voor het gevolg dat „misslagen, verzuimen of inbreuken door de procureurs begaan" kunnen hebben, onvolledig was toen het hen onderwierp aan dezelfde straffen van waarschuwing, berisping of schorsing, als ten aanzien van de advocaten zijn bepaald, zonder in de plaats van schrapping van het tableau, daar ontzetting bij te voegen, art. 28 van het Reglement. Bij art. 14 van het K. B. van 1 Juni 1879 n°. 107 is art. 28 evenwel met „de ontzetting uit hun beroep" aangevuld. Men zou alleen kunnen vragen of ontzetting uit een beroep dat niet door eene aanstelling verkregen wordt eene gepaste uitdrukking is.

Kanton-gerechten. Bij het kantongerecht kan van eene wraking van gerechtelijke handelingen alleen sprake zijn, wanneer de partijen of een harer niet in persoon maar bij gemachtigde zijn verschenen.

Er kan alleen in het aangewezen geval sprake zijn van eene ontkentenis omdat deze altijd betreft eene handeling door een lasthebber zonder last verricht. Maar de vraag is of in het geheel de bepalingen van art. 263 vv. wel op de procedure bij de kantongerechten van toepassing zijn. Toen de Regeering de herziening van de bepalingen van het W. 1830 voordroeg, ving zij hare Mem. v. toelichting aan met de woorden: „Een procureur, of ook in gevallen, waar zulks te pas komt, een bijzonder gemachtigde, kan zich hebben te buiten gegaan in sommige verrichtingen in iudicio." Hier stelde zij zich duidelijk de toepasselijkheid van de 13de afd. ook bij het geding voor het kantongerecht voor. Ook was het tegenwoordig art. 125 geheel gelijkluidend met art. 115 W. 1830 voorgedragen en daarin werd ook de afd. de ontkentenis van geregtelijke akten toepasselijk verklaard. De wijzigingen, die naar aanleiding van de aanmerkingen der eerste afdeeling van de Tweede Kamer in het artikel gebracht werden, strekten om het in overeenstemming te brengen met de voor den derden titel voorgestelde wijzigingen en de afdeeling wees daarbij aan dat o. a. in plaats van ontkentenis van gerechtelijke akten moest gelezen worden: ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen. „Deze aanmerkingen," zegt v. D. HONERT op art. 125, „hebben aanleiding gegeven dat bij de nieuwe redactie deze bepaling is vastgesteld op de wijze als dezelve hierboven is vermeld." En nu ziet men dat de verwijzing naar de bepalingen van den IIIen titel met opzicht tot de ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen geheel is weggevallen. Is de wetgever later van gedachten veranderd en is deze wijziging in het art. gemaakt zonder dat er een woord over voorviel, niettegenstaande de Regeering zelve, blijkens hare toelichting van de 13de afd. en de afdeeling der Tweede Kamer met de Regeering bij de wijziging van art. 125, aan de toepasselijkheid niet twijfelde? (Zie echter de aanm. van de eerste afd. op art. 87 a. h. e. op bl. 235 van het Verslag der Handelingen 1836/1837, en den tekst van art. 115 ald. op bl. 259.) Er zoude een reden voor kunnen gevonden worden. Wanneer men nl. den grond voor het désaveu uitsluitend zoekt in een vermoeden dat de procureur, die als zoodanig handelt, ook voor andere handelingen dan die tot de instructie van het proces behooren gemachtigd is en dat de aannemelijkheid van dit vermoeden met de betrekking van procureur als zoodanig verband houdt, dan ligt de uitsluiting van het désaveu bij het kantongerecht voor de hand. Maar men blijft dan toch aan één der gronden, waarop de instelling

steunt, hangen en hecht daarbij nog te veel aan het karakter dat de officieele betrekking aan den procureur geeft, zonder te vragen of ook, wanneer iemand de behandeling zijner zaak aan een gemachtigde toevertrouwt deze niet, ja zelfs niet nog wel meer, voorshands mag vermoed worden tot aanbiedingen, enz. gemachtigd te zijn, daar zijne betrekking niet als die des procureurs door wettelijke regeling tot de instructie van het proces beperkt is. Bovendien, en daarop komt het hier vooral aan, men ziet over het hoofd dat de buiten last verrichte handelingen van den procureur hier daarom niet voor de partij als niet geschied kunnen aangemerkt worden, wijl daarop is voortgeprocedeerd en daarop vonnissen zijn of kunnen worden gewezen welke voor de partij bindende zouden zijn, gelijk ik hierboven aantoonde. De grond der instelling ligt dus niet in de vertegenwoordiging door een procureur als zoodanig, maar in de vertegenwoordiging door den procureur als gemachtigde voor het proces. Daarin bestaat tusschen hem en den gemachtigde bij een kantongerecht geen verschil. De bepalingen van art. 263 vv. moeten dus op het geding bij het kantongerecht toepasselijk zijn. Hoe aannemelijk nu de meening zij, dat art. 125, door er niet naar te verwijzen, ze schijnt uit te sluiten, zij zijn het toch niet, omdat de IIde titel bijzondere bepalingen voor de kantongerechten bevattende, blijkens den inhoud daarvan, afwijkingen bevat van die van den IIIen titel, al heeten ook deze bizondere bepalingen in het opschrift van dien IIIen titel. Voor zoover dus van tit. III in tit. II niet is afgeweken is hij ook voor de kantongerechten toepasselijk. Voor wien deze redeneering niet overtuigend is, hij bedenke dat art. 125, alleen bij gevolgtrekking, niet uitdrukkelijk, de toepasselijkheid van art. 263 vv. uitsluit; dat dus tit. II over dit onderwerp zwijgt en dat, bij dat stilzwijgen van de wet, de analogische toepassing van onze afdeeling niet twijfelachtig is. Dat men daarmede ook des wetgevers wil niet wederstreeft kan des noods de geschiedenis van de regeling van dit onderwerp leeren. Anders denken over het hier ontwikkelde vraagpunt Oudeman I § 133, de Pinto II § 186, blz. 393 v.

AFDEELING VI.

INCIDENTEN BETREKKING HEBBENDE OP DE RECHTERS OF HET GERECHT.

§ 91. WRAKING VAN RECHTERS. *)

Wraking van rechters is de weigering van een gedingvoerende partij om het geschil te laten beoordeelen door den rechter of een of meer rechters van het college, aan welks oordeel het onderworpen is, op grond dat de onpartijdigheid des rechters bij de beoordeeling van het geschil, om bepaalde bij de wet aangewezen redenen, verdacht is.

Wraking van rechters.

De Code de proc. behandelt dit onderwerp in art. 44—47 voor de vredegerechten, in art. 378—393 voor de tribunaux inférieurs. Onze wetgever maakte er algemeene bepalingen van in tit. I afd. 3 art. 30—43 en vermeed daardoor èn herhaling èn gebrek aan overeenstemming, ook geen twijfel meer overlatende omtrent toepasselijkheid op hoogere gerechten. Intusschen bleef de Code, die op zijne beurt de Ord. van 1667 volgde (tit. XXIV), de hoofdbron. De afwijkingen zijn niet altijd verbeteringen. Eenige verbeteringen onderging het Wetb. van 1830 bij de herziening tengevolge van de regeling van dit onderwerp in het Wetb. Strafv. tit. XVI. Art. 43 werd afgeschaft bij de wet van 7 April 1869 n°. 55. — Tot toelichting van het onderwerp verdient vergeleken het Ontw. Burg. Regtsv. B. I tit. III hetwelk vele zijner bepalingen ontleende aan het Ontwerp Strafvordering van 1863, tit. XII afd. 2.

Rechtspraak kan niet aan haar doel beantwoorden, zij kan geene rechtszekerheid geven, als zij niet wordt uitgeoefend door een derde onpartijdig persoon. Niemand kan rechter zijn in zijne eigene zaak. Dit beginsel moet een rechter van de rechtspraak uitsluiten, in al die gevallen waarin te verwachten is dat redenen van bijzonder belang, neiging of gezindheid aan zijn oordeel eene andere richting kunnen geven dan waarin een onpartijdig onderzoek hem zou leiden. De eed door den rechter afgelegd, dat hij zijn post met eerlijkheid, nauwgezetheid en onzijdigheid, zonder aanzien van personen, zal waarnemen, moge een waarborg geven voor zijne ernstige gezindheid om aldus te

*) P. C. E. SPECHT GRIJP. Acad. proefsch. over de wraking van den rechter ontwikkeld volgens de beginselen van het Ned. W. v. B. R. Leiden 1858.

handelen, — waar de bijzondere belangen in het spel zijn, levert die eed voor de gedingvoerende partijen geen voldoenden grond om eene verdenking van partijdigheid uit te sluiten met welke de onafhankelijkheid des rechters zich niet verdraagt (zie I bl. 128.). Onze wetgever begreep terecht, dat de eed des rechters geen in alle gevallen afdoende waarborg voor zijne onpartijdigheid zijn kan, maar evenmin achtte hij het voldoende dat door een der partijen partijdigheid van den rechter of de mogelijkheid daarvan beweerd wordt, om die aan te nemen en den rechter van de kennisneming van het geding uit te sluiten. Tegenover een ongemotiveerd wantrouwen der partij, staan de opdracht van het rechterambt door het Staatsgezag en de door den rechter afgelegde eed zoo niet met vernietigende dan toch met daartegen opwegende kracht. Wordt er eene bepaalde reden aangevoerd en deze gegrond bevonden, dan is het anders. Doch ook die reden, hoe bepaald geformuleerd en hoe volkomen haar bestaan bewezen zij, kan, wat hare kracht betreft om werkelijk 's rechters partijdigheid verdacht te maken, niet alleen van de waardeering der gedingvoerende partij afhankelijk zijn.

Ook mag zij niet alleen van de waardeering des rechters zelven afhankelijk gelaten worden. Wil men zooveel mogelijk misbruik voorkomen dat er van de wraking der rechters, tot kwetsing van hunne waardigheid en tot chicaneuze verlenging van het geding, kan gemaakt worden, dan moet de wetgever, gelijk de onze deed, de wraking alleen toelaten om bepaalde in de wet uitgedrukte redenen. In dit opzicht heeft onze wetgever, duidelijker dan de fransche, in artt. 44 en 378 C. de Pr., en volkomen ondubbelzinnig, de uitsluitendheid der in de wet opgenoemde redenen aangegeven in art. 39, waar hij uitdrukkelijk bepaalt: „Geen rechter zal mogen gewraakt worden dan om de navolgende redenen" en het ontwerp hield zich daaraan I tit. III art. 6 j°. art. 1. De Ordonnantie van 1667 liet in art. 12 ook andere dan de bepaaldelijk opgenoemde redenen toe, eveneens de wetgever van Genève artt. 98—109. Het stelsel van de Ord. wordt verdedigd door Specht Grijp bl. 41. In de N. Bijdr. XVI bl. 229 geef ik aan onze wet de voorkeur. Na het aannemen van dit stelsel had onze wetgever evenwel minder schroomvallig voor de vermeende eer en waardigheid des rechters bij de regeling der procedure kunnen zijn. De Civilprozessord. volgt in B. I tit. 4 § 41 sqq. een ander systeem; zij stelt een zestal absolute redenen van uitsluiting (Ausschliessung) op den voorgrond en laat dan verder (§ 42) wraking (Ablehnung) toe, wegen Besorg-

niss der Befangenheit, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen," zonder nadere bepaling.

Redenen van wraking.

De wet laat de wraking toe om de volgende redenen:

1°. persoonlijk belang des rechters bij het geschil;

2°. betrekking van bloedverwandschap of zwagerschap tot in den vierden graad tusschen den rechter en eene der partijen;

3°. binnen het jaar vóór de wraking heeft op beklag van den rechter eene vervolging tegen eene der partijen of tegen den echtgenoot of een bloedverwant of aangehuwde in de rechte lijn van eene der partijen plaats gehad (verg. art. 3 der wet van 1884 n°. 94);

4°. een schriftelijk advies door den rechter in de zaak gegeven;

5°. ontvangen van geschenken of aanneming van eene belofte van geschenken, hangende het geding, van iemand die bij de zaak belang heeft;

6°. de rechter, zijne vrouw, hunne bloedverwanten of aangehuwden in de rechte lijn hebben een geschil over een gelijksoortig onderwerp als hetwelk tusschen partijen in geschil is;

7°. er is een burgerlijk rechtsgeding aanhangig tusschen den rechter, zijne vrouw, hunne bloedverwanten of aangehuwden in de rechte lijn, en eene der partijen;

8°. de rechter is voogd, toeziende voogd, curator of toeziende curator, vermoedelijk erfgenaam of begiftigde van een der partijen, of een van de partijen is vermoedelijk des rechters erfgenaam;

9°. de rechter is bestuurder van een zedelijk lichaam, stichting of vennootschap, die partij in de zaak is;

10°. hooge graad van vijandschap met eene der partijen;

11°. beleedigingen of bedreigingen sedert den aanleg van het rechtsgeding of binnen zes maanden vóór de wraking des rechters door eene der partijen of eene der partijen door den rechter aangedaan. Art. 30.

Uitgaande van het beginsel dat tot grondslag ligt aan den regel: „Niemand rechter in zijn eigen zaak," heeft de wetgever in al zoodanige gevallen den rechter van de beoordeeling eener zaak uitgesloten, waar eigen belang, neiging of gezindheid ten opzichte van eene der partijen, hem anders kunnen doen oordeelen dan de onpartijdigheid

eischt, zóó dat er reden bestaat om, niettegenstaande beter voornemen, voor partijdigheid te vreezen.

Het bestaan van zoodanige redenen is van den rechter dikwijls geheel onafhankelijk en dat, bij het bestaan daarvan, zijne onpartijdigheid verdacht wordt, behoeft, waar de wetgever de redenen aangeeft en op allen gelijkelijk van toepassing verklaart, geen rechter te krenken. Het voorstellen van eene wraking wordt daarom ook voor de waardigheid des rechters van veel minder gewicht. Hij kan dit voorkomen door zich te verschoonen en, deed hij dit niet, dan kan 't geschil tusschen hem en de partij loopen over het al of niet bestaan der redenen, maar vooral over de vraag of de aangevoerde redenen werkelijk vallen in de termen der wet. Alleen de reden sub 5⁰ vermeld, als onderstellende handelingen des rechters in strijd met zijn eed verricht, en die zelfs eene overtreding der strafwet medebrengen, wat ook in 't geval van n⁰. 11 mogelijk zou kunnen zijn, zouden hem, zoo zij werkelijk bestonden, in zijn goeden naam kunnen benadeelen; maar wanneer er vooral over die sub 5⁰ gemompeld wordt, is 't voor den rechter zelven van belang, dat een rechterlijk onderzoek aan 't licht brenge dat hij niet schuldig is of voor het algemeen belang dat het schromelijk plichtverzuim geconstateerd worde. Daarom ben ik van meening dat onze wetgever zich bij de regeling der procedure voor de eer en waardigheid van het rechterambt minder schroomvallig had kunnen toonen.

Ad n⁰. 1. Het persoonlijk belang, dat wel in art. 44 C. de pr. doch niet in art. 378 werd genoemd, heeft onzen wetgever waarschijnlijk de bepaling van art. 378 n⁰. 4 overbodig doen achten. Wanneer althans de rechter een proces voert, waarover eene der partijen als rechter heeft te oordeelen, zou men, aan het „hodie mihi cras tibi" gedachtig, wel kunnen aannemen dat een persoonlijk belang hem stemt ten gunste van de partij die straks zijne zaak zal beoordeelen. Minder twijfelachtig zal dikwijls het persoonlijk belang zijn, waar de rechter debiteur of crediteur van eene der partijen is.

Ofschoon b. v. in n⁰. 6 en 8 voorbeelden van een zijdelingsch belang voorkomen, zou 'k daarom toch met Oudeman I bl. 44 van oordeel zijn, dat onder n⁰. 1 zoowel een zijdelingsch als een dadelijk belang begrepen is. De wet eischt alleen dat het belang een persoonlijk belang des rechters zij; van hem zelven, niet van zijne vrouw b. v. voor zoover dit niet uitdrukkelijk elders genoemd

wordt. Het bestaan van belang zal beoordeeld worden door den rechter die tot het oordeel over de wraking geroepen is, doch bepalingen als van n°. 6 en 8 kunnen hem tot leiddraad strekken bij zijne waardeering.

Ad n°. 2. Terecht in het onderwerp vereenigd met n°. 8 en aangevuld met echtgenoot en gewezen echtgenoot. Bij zwagerschap moet art. 342 B. W. niet uit het oog worden verloren.

De C. de Pr. kende nog een ander gevolg aan de betrekking van bloedverwantschap en zwagerschap toe. Indien nl. een der partijen onder de leden van een rechtbank twee bloed- of aanverwanten had tot in den vierden graad of drie in een hof; of indien de partij zelve, lid zijnde van de rechtbank, één of, lid zijnde van het hof, twee verwanten in denzelfden graad onder de leden van het college had, dan staat het der andere partij vrij om te vragen dat de zaak naar een andere rechtbank of hof gerenvoyeerd wordt. Art. 368. De fr. wetgever onderscheidt dit geval van de wraking en behandelt het in tit. XX als „renvoi pour parenté ou alliance." Het is niet ten onrechte eene algemeene wraking genoemd, namelijk van het geheele college op grond van de betrekking van enkele zijner leden. Onze wet kent dit middel niet meer en heeft de toelating van de successieve wraking (art. 31) van deze verwanten voldoende geacht.

Ad n°. 3. Bij de onbestemde beteekenis van het woord: toedoen in den tekst van 1838, zou ik de voorkeur geven aan de bepaling van het Ontwerp art. 1 n°. 4: „indien, op zijne klachte, gedurende het laatste jaar eene der partijen of een harer bloedverwanten of aangehuwden in de rechte lijn vervolgd is ter zake van misdrijf." Doch de weglating van de echtgenoot van een der partijen kan ik niet goedkeuren. Door de algemeene uitdrukking misdrijf waaronder ook de policie-overtredingen zouden vallen is de ontwerper teruggekeerd tot de meest in algemeenen zin opgevatte bepaling van C. de Pr. „proces criminel," n. l. zoo algemeen dat ook policie-overtredingen er onder begrepen zijn.

De tekst is in overeenstemming met de lezing van art. 30 n°. 3 zooals die werd vastgesteld bij de wet van 1884 n°. 94. Beklag toont duidelijk dat hier niet juist aan een klacht-delict is te denken, en door van misdrijf te spreken met het oog op het wetboek van strafrecht, zijn de overtredingen uitgesloten gebleven.

Ad n. 4. Terwijl alleen van een schriftelijk advies wordt gesproken, is de in het Ontwerp n°. 6 voorkomende uitdrukkelijke vermelding van, „als lid van een rechterlijk college of als kantonrechter van de zaak te hebben kennis genomen of daarin als ambtenaar van het O. M. te zijn werkzaam geweest," te meer noodzakelijk. Men zou het „als scheidsrechter hebben kennis genomen" er nog wel mogen bijvoegen. Ten onrechte verliet onze wetgever hier het voorbeeld van den Code art. 378 n°. 8 en de daar voorkomende woorden: „si le juge a donné conseil, plaidé, ou écrit sur le différend" zijn ook in n°. 4 al te zeer beperkt. In de door mij bedoelde gevallen zal de wraking op n°. 1 gegrond kunnen worden. Verg. SPECHT GRIJP, bl. 74—85.

Ad n°. 5. De eed verbiedt zelfs geschenken aan te nemen van wie vermoedelijk een geding zal krijgen. Zie ook art. 364 Strafwb. Voor de wraking moet de invloed der geschenken onbetwistbaar zijn. Ten anderen is deze bepaling uitgebreider dan de eed, daar niet alleen van giften van partijen gesproken wordt maar van iemand die bij de zaak belang heeft.

Ad n°. 6. Een geschil over een gelijksoortig onderwerp; „différend sur une pareille question" zeide de fr. wetg. art. 378 n°. 3; zou dit niet beter teruggegeven zijn met betrokken in eene zaak waarin gelijksoortige vraag te beantwoorden valt als in de aanhangige?

Ad n°. 7. Wordt hierbij niet, zoo al geene hooge graad van vijandschap, toch een gespannen toestand ondersteld, die aan de in dit geval verkeerende partij niet veel goeds van het oordeel des rechters belooft? Cf. JOUSSE op art. 8 der Ord.

Ad n°. 8. Vermoedelijk erfgenaam zeg ik in de plaats van de vermoedelijke erfgenaam om de aan deze laatste uitdrukking in tit. XIX van B. I. B. W. gegeven beteekenis, waarvan hier geen sprake kan zijn.

Ad n°. 9. Bewindvoerder van een lichaam van bestuur, zooals art. 30 n°. 9 dit zegt, is geen gelukkige uitdrukking. De gedachte des wetgevers wordt m. i. beter uitgedrukt door de in den tekst overgenomen bewoordingen van het Ontwerp in n. 2°. Men kan

alzoo onder onze wet niet meer zeggen met JOUSSE op art. 10 der Ord. dat de hier genoemde bewindvoerders „n'agissent qu'en nom collectif et n'ont d'autre intérêt que celui du public et par conséquent ils ne peuvent être récusés." Dat publiek belang wordt dan ook tegenover de litigeerende partij een bijzonder belang in zoover als de rechter in de betrekking van bestuurder dat publiek belang, als ware 't zijn eigen belang, behoort te behartigen.

Ad n°. 10. Het ontwerp voegt er in n°. 7 bij: „eene nauwe vriendschapsbetrekking." JOUSSE noemt in zijn aant. op art. 12 onder de „autres moyens" het „avoir bu ou mangé avec une partie pendant le procès" in verband met het verbod daarvan in art. 6 der Ord. van 1446. Zoo komt het op ééne lijn met de giften van n°. 5 met welke de Code het „boire et manger" in n°. 8 van art. 378 vereenigt. Zonder nu die laatste reden terug te verlangen komt mij toch de nauwe vriendschapsbetrekking een al te algemeene en al te zeer van subjectieve opvatting afhankelijke grond voor te zijn. Daarom zou ik die betrekking als reden van verschooning aan den rechter zelven overlaten, gelijk JOUSSE ook t. a. p. opmerkte: „Au surplus, il est de la prudence d'un juge de se déporter de la connaissance d'une cause où son ami est intéressé, surtout si cette amitié est intime; et il y a même souvent beaucoup plus de raison de se récuser pour cette cause, que pour celle de parenté."

Ad n°. 11. Deze reden zal den rechter eenigermate kunnen leiden in de beoordeeling, wat als hooge graad van vijandschap te beschouwen zij.

„Beleedigingen of bedreigingen tusschen den rechter en eene der partijen" zegt de wet. Naar den Code, art. 378 n°. 9, moeten de beleedigingen of bedreigingen zijn uitgegaan van den rechter. De woorden de sa part sluiten allen twijfel uit. Het was dan ook niet noodig daarvoor dezen grond aan te voeren; „car autrement il suffirait à une partie d'insulter un juge dont elle redouterait les lumières et la probité pour avoir le droit de le récuser," zooals CARRÉ Q. 1385 met PIGEAU opmerkt. Niet noodig, om de duidelijkheid der woorden en op zich zelf niet afdoende, omdat daarmede wel de reden wordt aangegeven, die den wetgever tot het vaststellen van de bepaling in dien zin kan hebben bewogen, maar zij voor de interpretatie der wet eerst

dan aannemelijk is als de wet werkelijk den aangeduiden zin zou kunnen hebben doch zij is hier ondubbelzinnig. Eene andere vraag is, of die overweging zoo afdoende is dat de bepaling zoo gesteld moest worden. Onze wetgever moet er anders over gedacht hebben. Want, al heeft hij bij de samenstelling der wet zich er niet over uitgelaten, bij de laatste redactie werden de woorden aan de zijde des rechters, nadat in het W. 1830 daarbij was gevoegd: jegens de wrakende partij, vervangen door die welke wij thans lezen: tusschen den rechter en eene der partijen. De tegenwoordige redactie werd door de eerste afdeeling der Tweede Kamer in 1837 voorgesteld. Het is mogelijk, dat zij alleen eene verbetering van redactie beoogde want, of zij redenen voor haar voorstel opgaf, meldt v. D. HONERT (bl. 189) niet *), maar te ontkennen is het niet dat ook de zin van de bepaling is veranderd. Het is duidelijk dat nu de beleedigingen of bedreigingen niet juist van den rechter behoeven uitgegaan te zijn, maar dat ook beleedigingen en bedreigingen van eene der partijen den rechter aangedaan eene reden van wraking kunnen opleveren zooals ik dat in den tekst heb aangegeven. Het gaat niet aan om, met het oog op de door CARRÉ opgegeven reden, de bepaling met DE BOSCH KEMPER, Strafvord. III bl. 272, in dien zin te verstaan dat de beleedigingen of bedreigingen wederkeerig zouden moeten hebben plaats gehad. Gesteld, de woorden lieten die uitlegging toe, waarom zou dan eene beleediging van de zijde des rechters ook zonder reciprociteit niet meer afdoende zijn? Noch in het Ontw. Strafv. art. 6 n°. 8, noch in het Ontw. Rechtsv. art. 1 n°. 8 werd verandering in de tegenwoordige redactie voorgesteld. En terecht! Al moge dan eene partij den rechter hebben beleedigd om hem te kunnen wraken, ligt niet altijd in eene beleediging, om welke reden dan ook den rechter door eene der partijen zoo kort voor het proces aangedaan, een voldoende reden om des rechters onpartijdigbeid verdacht te doen zijn? En wanneer in de beleediging de toeleg ligt om zich een reden van wraking te verschaffen dan komt daarin aan den anderen kant gebrek aan vertrouwen op de rechtvaardigheid der eigen zaak aan het licht.

Beleediging is eene strafbare handeling en zij is strafbaar in de verschillende vormen waarin zij zich kan voordoen. Tot recht verstand zal men zich dus veilig tot het wetboek van strafrecht kunnen

*) Zij beoogde overeenstemming met het Wetb. v. Strafv. Zie Verslag der Handelingen 1836/1837 bl. 232.

wenden. B. II tit. 16. Ten aanzien van bedreigingen is het anders. Ook deze zijn wel strafbaar gesteld maar altijd nader bepaald als: door het verband met een misdrijf bijv. art. 138, door hetgeen waarmede gedreigd wordt bijv. artt. 284 en 285, of door het doel artt. 317, 318 W. v. Strafr., enz. Hier in art. 30 n°. 11 komt de uitdrukking zonder eenige nadere bepaling voor, en wordt dus niet uitsluitend op een strafbaar feit gedoeld. — Een voorbeeld van bedreiging als reden van wraking aangenomen vindt men in een vonnis der Rechtb. Leeuwarden van 26 Oct. 1842 W. no. 357. Een kantonrechter had tegen iemand die een geding bij zijn gerecht had aangelegd deze woorden geuit: „eerstdaags zal ik u wel eens in handen krijgen en zal ik u alsdan knijpen." Verg. SPECHT GRIJP t. a. p. bl. 125—131.

Het Ontwerp neemt in art. 1 n°. 10 nog eene thans niet bekende reden van wraking aan in geval van bloedverwantschap of zwagerschap in de rechte lijn of in den tweeden graad der zijdlinie tusschen den rechter en den raadsman van eene der partijen. Zie daarover N. Bijdr. l. c. bl. 230.

In art. 850 wordt aan de rechters, tegen welke eene vordering wegens rechtsweigering is ingesteld, verboden om kennis te nemen van daar aangewezen rechtsgedingen, onder uitdrukkelijke bijvoeging: „op straffe van nietigheid der vonnissen, welke zij in zoodanige zaken mochten medegewezen hebben." Ofschoon dit verbod op gelijken grond berust als de in n°. 7 toegelaten reden van wraking, volgt uit art. 850 § 1 dat dáár zelfs geen wraking noodig is, en alzoo in die gevallen het niet voorstellen der wraking (welke zelfs niet zou zijn toegelaten), den rechter niet kan ontheffen van zijne betrekkelijke onbekwaamheid. In geval van art. 850 § 2 wordt ook geen wraking voorgesteld, maar is de vordering der partijen: dat de rechter zich onthoude, voldoende om hem onbekwaam te maken.

In het bij de Wet van 7 April 1869 n°. 55 ingetrokken art. 43, kwam een dergelijk bevel van onthouding voor, indien nl. de gewraakte rechter tegen de in het ongelijk gestelde partij eene vordering tot vergoeding van schade en interessen wilde instellen. De bevoegdheid tot zoodanige vordering is door de afschaffing van art. 43 niet vervallen. Want art. 1401 B. W. bestaat nog. Doch is nu ook het wegvallen der slotbepaling gerechtvaardigd? In de toel. van het Ontwerp wordt gezegd (op art. 17), dat, als de rechter eene zoodanige actie instelt,

uit art. 1 n°. 5 (thans art. 30 n°. 7) eene nieuwe reden van wraking tegen hem ontstaat. Maar — als de rechter den afloop van het geding waarin hij gewraakt werd afwacht en daarna zijn actie tot schadevergoeding instelt? Volgens art. 43 verwerkte hij deze actie door in de zaak waarin hij gewraakt werd te blijven zitten. Mij dunkt terecht, en ontstaat er alzoo uit de afschaffing van art. 43 een niet gerechtvaardigde leemte.

Wraking toepasselijk op O. M. en griffiers.

Behalve de rechters kunnen ook de ambtenaren van het Openbaar Ministerie, in de gevallen waarin dit niet als partij in het geding optreedt, en de griffiers en substituut-griffiers gewraakt worden. Voor hen gelden dezelfde redenen van wraking als voor de rechters. Art. 32.

Wanneer het O. M. geen partij is in het geding maar toch daarin optreedt, dan geeft het in zijne conclusiën een advies aan den rechter, hetwelk, in het openbaar na de pleidooien uitgebracht, geen waarde heeft zoo het niet met onpartijdigheid wordt gegeven. Het O. M. moet zich bij zijn advies op het standpunt van den rechter plaatsen en neemt het al geen deel aan de beraadslagingen en de beslissing des rechters, zijn advies kan daarop grooten invloed oefenen. Verg. II bl. 129. Zie nog Carré Lois de la compétence II bl. 241. Is het O. M. partij in het geding (h o o f d partij zegt art. 32; verg. I bl. 140) dan kan het niet gewraakt worden „par la raison," zegt Carré l. c. bl. 193, „qu'il n'est que partie, qu'on ne peut empêcher qu'une partie ne plaide sa cause et que la condition de chacune doit être égale." Bedrieg ik mij, of hebben wij hier niet eene gevolgtrekking uit eene doctrinaire onderscheiding, waarbij de werkelijkheid uit het oog wordt verloren? Het schijnt zoo logisch als Lipman (Aanmerkingen 1e St. bl. 24) zegt: „het zou wel eene ongerijmdheid zijn dat de eischer den gedaagde, of de gedaagde den eischer, uithoofde van zijne partijdigheid, wraakte." Doch vergeet men niet dat het O M. niet ophoudt, ook wanneer het partij is, voor het openbaar belang, de openbare orde, op te treden? moet hij daarbij niet het orgaan zijn van de wet of van de Regeering a l s h a n d h a a f s t e r d e r w e t en is daarbij onpartijdigheid ook geen vereischte? moet men daarvan ook niet even goed als van de conclusiën zeggen: „il n'est plus impartial, dès qu'il trouve, dans ses intérêts ou dans ses affections d'autres désirs et d'autres vues que ceux que son ministère exige?" Als men let op de gevallen waarin het O. M. als partij in het burgerlijk geding optreedt, dan zal er zeker minder aanleiding tot wraking

bestaan, maar zijn optreden als partij moest die niet uitsluiten. Het is zoo, ook in strafzaken kan de ambtenaar van het O. M. niet gewraakt worden, omdat het partij is, doch is dat goed te keuren? Komt het juist dáár niet uit, dat de partijdigheid, die toch reeds aan het O. M. toegeschreven wordt, verzwaard wordt door den invloed van buiten de openbare orde liggende belangen, welke hem zou kunnen beheerschen? Opmerking verdient, dat de reden waarom het O. M. in strafzaken niet gewraakt kon worden onder de fransche wetgeving deze was, dat, bij stilzwijgen van den Code d'Instr. Crim., de Code de procédure bij analogie moest worden toegepast en deze de wraking van het O. M. als partij uitsloot. Zie MERLIN Q. Répert. v°. Récusation § III art. II n°. 4. Deze jurisprudentie heeft onze wetgever bij zijne bepalingen in de Strafvordering art. 351 (thans 321) overgenomen. VOORDUIN VII, bl. 372, IX. Daarom komt mij dan ook nog altijd ongegrond voor de uit de verhouding van het O. M. in strafzaken door den Ontwerper gemaakte gevolgtrekking om de wraking van het O. M. af te schaffen, dewijl het naar de wet op de N. R. I. alleen in cassatie zou worden gehoord en zijn standpunt daar niet veel zou verschillen van dat hetwelk het bij eene voorziening in strafzaken inneemt. De eenige vraag is: wordt niet van het O. M. gelijke onpartijdigheid verwacht als van den rechter? en als die vraag bevestigend moet beantwoord worden, dan is daarmede ook de toelating der wraking van het O. M. beslist, hetzij het als partij of als adviseur optrede. Zie Vragen en Opmerkingen in N. Bijdragen XVI bl. 227. Het arg. ex absurdo dat de eene partij de andere niet wraken kan, gaat niet op; want als 't O. M. gewraakt wordt, dan wordt slechts een bepaalde ambtenaar gewraakt en in zijn plaats treedt dan een ander op. MERLIN Rep. v°. Ministère public § V, n°. VI, vindt in de verdediging van het hier door mij bestreden gevoelen aanleiding tot de klacht: „La saine logique est bien souvent étrangère à un grand nombre de nos jurisconsultes et à presque tous nos praticiens; une de leur plus fréquentes erreurs est d'être gouvernés par les mots. En voici un exemple bien frappant."

Wraking van griffiers was in den Code de Pr. niet bekend. Evenmin werd zij in de oud-hollandsche rechtspleging toegelaten, DE PAPE ad GROTIUM I, 9 n^t^. a ad § 6. Doch in de Instructie voor den Raad van Vlaanderen van 15 October 1661 was door de Staten-Generaal in art. 90 (Gr. Pl.boek II 2717) uitdrukkelijk bepaald, dat de Griffier als griffier niet zou mogen besoigneren, nog present wezen in zaken of processen hem zelven rakende of aangaande iemand hem in

maagschap of affiniteit bestaande tot in den zesden graad incluis, even als van de Raden was bepaald, een voorschrift waarop met instemming gewezen wordt door VOET ad tit. D. de jud. V, 1 n°. 61. Daarop werd de aandacht gevestigd door LIPMAN in zijne Aanmerkingen 1e. st. bl. 26—29. Zijne opmerking, dat de griffiers processen-verhaal, enz. opmaken en daardoor dikwerf de partijen kunnen bevoordeelen of benadeelen, werd, bij de herziening van het Wetb. v. B. R. van 1830, door eene afdeeling der Tweede Kamer overgenomen en had ten gevolge dat de Wet van 10 Mei 1837 in het tegenwoordig art. 32 ook van de griffiers en substituut-griffiers spreekt. LIPMAN sprak ook van sommige vrederechters en rechtbanken van koophandel, waar de rechters, uit het bescheiden gevoel hunner eigen onkunde alles aan de griffiers overlaten, zichzelven de gemakkelijke taak voorbehoudende van de minuten te onderteekenen. En al hebben wij nu geen rechtbanken van koophandel meer, al zijn nagenoeg alle kantonrechters doctoren in de rechten, er zijn toch ook thans nog gerechten aan welker griffiers groote invloed op de beslissingen wordt toegeschreven. Geschiedt dit terecht of ten onrechte, mogelijkheid van invloed ligt te zeer voor de hand, dan dat niet aan partijen een middel behoort gegeven te zijn om, waar die invloed partijdig zou kunnen werken, hem te keeren. Te meer omdat een griffier invloed kan oefenen zonder verantwoordelijkheid en wijl 't vertrouwen of wantrouwen in den rechter wellicht nog meer afhankelijk is van hetgeen men niet ziet, dan van hetgeen men ziet. LIPMAN wees ook, niet ten onrechte, op de analogie, welke de wet op R. O. (tegenwoordig art. 10) aanbiedt en op de bepaling van het Wetb B. R. (art. 16) hetwelk den deurwaarder verbiedt om voor bloedverwanten, enz. te exploiteeren.

Op grond van al deze overwegingen blijf ik bij het vroeger door mij geuit gevoelen dat de Ontwerper ten onrechte de wraking der griffiers schrapte en allerminst deze verandering kon verdedigen met de opmerking dat er natuurlijk volstrekt geen reden bestaat om tusschen burgerlijke en strafzaken verschil te maken gelijk thans het geval is naar art. 32 B. R. coll. art. 351 (thans 321) Strafv. Zie Vragen en Opmerkingen l. c. bl. 228.

G r i f f i e r s en s u b s t i t u u t - g r i f f i e r s worden genoemd, maar wat zal gelden van den door den kantonrechter benoemden persoon, om des griffiers ambtsverrichtingen waar te nemen volgens art. 32 R. O.? Evenmin als de niet uitdrukkelijke vermelding der substituut-

griffiers mij zou belet hebben de bepaling ook op hen toepasselijk te achten, evenmin acht ik dat er eenig bezwaar bestaat om ze ook op die fungeerende griffiers toe te passen.

Wraking door wie?

De bevoegdheid om een rechter te wraken is, om welke der wettelijke redenen dit geschiede, aan beide partijen toegekend.

Terecht beweert OUDEMAN I bl. 48 dat de redactie onzer wet (art. 33 en 38, voeg daarbij art. 32), geen grond geeft om de bevoegdheid tot wraking uitsluitend toe te kennen aan die partijen voor welke de bestaande reden nadeelig zoude kunnen zijn en verwerpt hij het gevoelen van sommige fransche schrijvers, die, behalve in gevallen van bloedverwantschap, anders oordeelden. Het gaat niet aan met BERRIAT ST. PRIX bijv. te zeggen: „comme la récusation paraît établie en faveur de chacune des parties considérées en particulier, il semble naturel que celle-là seule qui y a intérêt, puisse exercer la récusation." Voor de bedoelde partij zal er wel in den regel de meeste aanleiding toe bestaan, maar heeft zij daarom ook altijd alleen belang? Of kan ook het bestaan van eene reden, welke 's rechters onpartijdigheid verdacht maakt, hem niet, om den schijn van partijdigheid te vermijden, partijdig doen worden naar de tegenovergestelde zijde? Zie ook SPECHT GRIJP bl. 140.

Aard van het rechtsmiddel.

De wraking onderstelt een handeling van de gedingvoerende partij. Zij moet worden voorgesteld. Het is evenwel geene exceptie, noch eene vordering in de eigenlijke beteekenis van het woord. De eenig passende qualificatie voor dit rechtsmiddel is die van incident.

Zoowel onder de oud-hollandsche en oud-fransche rechtspleging als door de Schrijvers over den Code de procédure wordt de wraking eene exceptie genoemd. „Sub exceptione declinatoria etiam continetur exceptio recusandi iudicis, nam et illa exceptio declinatoria dicitur." DE PAPE ad GROTIUM l. c. Zie ook VOET l. c. n°. 48. JOUSSE, op art. 1, noemt de wraking eene „espèce de déclinatoire" en CARRÉ op Tit. XXI zegt met zoovele woorden „la récusation est une exception par laquelle une partie refuse d'avoir pour juge un ou plusieurs membres du tribunal saisi du procès. Cette exception se range naturellement dans la classe des exceptions déclinatoires, puisqu'en récusant un magistrat on évite de se soumettre à son autorité." Ten

onrechte. De wraking is geene exceptie, want zij is geen verdedigingsmiddel, wat reeds daaruit blijkt dat zoowel eischer als gedaagde redenen van wraking des rechters kan hebben en met de declinatoire middelen heeft het dan ook slechts eenige gelijkenis. Men moge zich door de wraking aan de rechtspraak van een rechter onttrekken, het geding blijft daarom toch bij hetzelfde gerecht aanhangig zoolang niet alle leden van het college of de kantonrechter en al zijne plaatsvervangers ontbreken. Ook wordt niet als bij onbevoegdheid tegen den eischer beweerd dat hij verkeerd heeft gedagvaard.

Dat wij hier niet met een vordering = actie te doen hebben is niet minder duidelijk, al definiëert BERRIAT ST. PRIX p. 295, de „récusation" als „l'action de refuser pour juge." Een incident in een geding doet de wraking ontstaan gelijk de te beschrijven procedure ten duidelijkste zal aanwijzen. Men kan daarbij van eene incidenteele VORDERING spreken en van een incidenteelen eischer in zoover als in het proces elk verlangen eene vordering of eisch kan genoemd worden, niet echter in den zin van het opschrift van de 10e afd. van tit. III. Het afgeschafte art. 43 sprak ook van den eischer in zake van wraking. De vordering zou hier daartoe strekken dat een rechter zich van rechtspraak in casu onthoude. Men verlangt van den rechter niet anders dan de toepassing van een maatregel van procedure.

Wanneer voor te stellen?

De wraking moet worden voorgesteld uiterlijk vóór den aanvang der pleidooien, en in geval van schriftelijke behandeling, vóór den afloop der termijnen, op straffe van verval. Is evenwel de reden tot wraking eerst later ontstaan dan kan de wraking ook nog later worden voorgesteld. Art. 33 § 1.

Het is niet voldoende dat er een reden van wraking besta om den rechter van de kennisgeving der zaak uit te sluiten. Een der gedingvoerende partijen moet bovendien in die reden van wraking grond daarvoor vinden in het voorhanden geval. Is de bevoegdheid tot wraking om het algemeen belang toegekend, hare toepassing in een bijzonder geval is van het bijzonder belang der gedingvoerende partijen afhankelijk gesteld. Hebben alzoo de partijen hare zaak aan de beoordeeling van een wraakbaren rechter onderworpen, dan hebben zij ook daardoor voldoende te kennen gegeven bij de aanvoering der wraking geen belang te hebben. Zij erkenden, met kennis van zaken, den rechter dien zij hadden kunnen verwerpen. (Anders de Civilpro-

cessordnung met betrekking tot de redenen van uitsluiting § 41 „Kraft Gesetzes ausgeschlossen".) Daarom moet de wraking uiterlijk vóór den aanvang der pleidooien plaats hebben. Want de rechters voor welke de pleidooien gehouden worden zijn degene die over de zaak zullen oordeelen. Kunnen zij al kennis krijgen van de zaak door de ter rolle voorgelezene conclusiën, daardoor wordt nog niets geprejudiceerd omdat het niet altijd zeker is, dat zij ook de pleidooien zullen hooren en alzoo tot beoordeeling en beslissing geroepen zullen zijn. Verg. II bl. 195. Maar, wanneer partijen van de pleidooien afziende op de stukken recht vragen, volgens art. 144? Dan zal met het doen van dit verzoek, waardoor de zaak aan de beoordeeling ook van den wraakbaren rechter wordt onderworpen, dus op grond van dezelfde ratio, de bevoegdheid tot wraking vervallen zijn.

Dat bij schriftelijke behandeling de bevoegdheid vervalt met den afloop der termijnen (Zie II bl. 161 en vv. art. 170) staat zeker daarmede in verband dat dan de instructie van de zaak afgeloopen en deze voor de beoordeeling door den rechter rijp is. Het komt mij evenwel voor dat de wetgever hier consequenter als den uiterlijken termijn hadde aangewezen het verzoek door de meest gereede partij volgens art. 170 aan den griffier gedaan.

Het is, om de redenen welke den regel hebben doen voorschrijven, volkomen juist dat voor 't geval die reden later is ontstaan, de wraking ook nog later kan worden voorgesteld. Zij zal dan wel moeten openstaan totdat de rechter het vonnis gaat uitspreken. Waarom in art. 33 van reden of AANLEIDING gesproken wordt, is niet duidelijk. Art. 30 kent alleen redenen. En 't zou toch niet aangaan om aan te nemen dat er voor de partij wel redenen kunnen hebben bestaan maar dat zij eerst later aanleiding vond om er van gebruik te maken. Of moet dan wel als sive worden verstaan.

Overigens kan, in verband met het gedreigde geval, een reden van wraking van eene partij eerst gezegd worden te bestaan, als het bestaan daarvan haar bekend is of bekend moest zijn.

De bepaling omtrent den tijd binnen welken de wraking moet worden voorgesteld moet, volgens het tweede lid van art. 32, eveneens toegepast worden bij de wraking van het O. M. en bij die van den griffier. Ten aanzien van dezen laatsten, die van den beginne dat de zaak voor den rechter behandeld wordt daarop invloed kan

oefenen, had de tijdruimte redelijkerwijze beperkt kunnen worden.

De bijzondere bepaling van art. 33 § 2, volgens welke de wraking van een rechter-commissaris moet geschieden (en dus in verband met het voorgaande lid eveneens op straffe van verval) vóórdat hij zijne werkzaamheden als zoodanig aanvangt, is niet anders dan de toepassing van hetzelfde beginsel dat § 1 beheerscht. Zij verdient m. i. de voorkeur boven art. 383 C. de pr.

Vorm. De wraking wordt voorgesteld bij eene akte houdende de reden, waarop zij berust, of zoo er meer kunnen worden aangevoerd, alle die redenen tegelijk. Zij moet onderteekend zijn door de partij zelve of door haren in het bijzonder daartoe bij authentieke akte gemachtigde.

Die akte wordt, tegen bewijs van ontvang, ter hand gesteld aan den griffier die haar onmiddellijk aan den gewraakten rechter mededeelt.

De rechter is gehouden binnen den termijn van twee dagen onder de akte eene verklaring te stellen houdende òf berusting in de wraking òf weigering om zich van de kennisneming der zaak te onthouden.

In het laatste geval voegt de rechter bij zijne weigering een antwoord op de in de akte van wraking aangevoerde redenen.

De redenen van wraking worden daarna onderzocht door het college waartoe de gewraakte rechter behoort, hetwelk na verhoor van het O. M. de redenen gegrond en bewezen vindende, de wraking toestaat, met bevel dat de gewraakte rechter zich van de kennisneming der zaak moet onthouden en diens veroordeeling in de kosten. In het tegenovergestelde geval wordt de wraking verworpen.

De uitspraak over de wraking is in geen geval aan hooger beroep, revisie of cassatie onderworpen. Art. 33 § 1 en 2, 34, 36, 37, 42, 324 n°. 4.

De voorgeschreven procedure is zeer eenvoudig, zoo zeer dat men kan zeggen dat er buiten vorm van geding, als in zaken van voluntaire jurisdictie, geprocedeerd wordt. Opmerking verdient dat de wraking door eene der partijen wordt voorgesteld en door den rechter beslist zonder dat de andere der partijen in de gelegenheid wordt gesteld om zich daarover te doen hooren. Het geschil dat tusschen den rechter en een der partijen bestaat wordt tusschen deze niet gedebatteerd, maar de wraking eenvoudig op het voorstel der partij en het antwoord van den

rechter onderzocht. Dat onderzoek heeft plaats in de raadkamer, want er is geen gelegenheid om het ter terechtzitting te brengen, alwaar ook niets anders zou kunnen gehoord worden dan de conclusie van het O. M. Ja zelfs de beslissing zou, als eene beschikking van voluntaire jurisdictie, in raadkamer volgens de bepp. van art. 36 kunnen genomen worden, ware het niet dat art. 42 eene uitspraak onderstelt, en men uit dien hoofde reden had te besluiten, dat van de bepaling der Grondwet omtrent de openbaarheid der vonnissen over gedingen gewezen (en er is hier dan toch een geschil) niet moet worden afgeweken. Aan den anderen kant is het niet te ontkennen dat de wetgever in ditzelfde art. 42 met de uitsluiting van de cassatie van het algemeene voorschrift van art. 180 der Grondwet 1815 afweek. Het tegenwoordig art. 165 laat uitdrukkelijk het stellen van uitzonderingen door de wet toe.

De wetgever heeft, bij de noodzakelijkheid om de wraking te veroorloven, te waken tegen misbruik, dat er in strijd met de waardigheid des rechters van zou gemaakt kunnen worden. Ook kan de aard der te beslissen quaestie tot eenige vereenvoudiging in de procedure leiden. Doch de zoo belangrijke hier voorkomende afwijking is m. i. moeilijk te rechtvaardigen. De wetgever is al te zeer bezorgd geweest voor de eer des rechters en heeft daardoor een opgeworpen wraking met een wantrouwen bejegend, waarin eene onderstelling van hare ongegrondheid doorstraalt. Deze laatste had hij kunnen laten varen nu er bepaalde in de wet aangegeven redenen moeten worden aangevoerd. Had hij, nog daarenboven, zooals in den Code, een voorafgaand onderzoek over de toelaatbaarheid van de aangevoerde reden bevolen, dan zou daarmede een niet ondoelmatig middel tot voorkoming van misbruik zijn gegeven. Maar dan mogen verder de waarborgen van een onbevangen en grondig onderzoek niet ontbreken.

Zonder nu verder aan te dringen op de wenschelijkheid om de tegenpartij niet uit te sluiten van het debat tusschen de wrakende partij en den rechter gevoerd, dat ten doel heeft een rechter uit te sluiten, welken de andere partij in haar belang kan achten aan de rechtspraak te doen deelnemen, mis ik de waarborgen voor eene behoorlijke instructie. De wrakende partij deelt hare redenen mede, maar het antwoord des rechters, dat al licht de niet toepasselijkheid der wet in het aangegeven geval zal betreffen, kan niet door haar worden gedebatteerd, terwijl wat goedkeuring kan verdienen, de schriftelijke behandeling toch reeds voorkomt dat de rechter als partij tegenover den justiciabele in het openbaar optreedt. Doch waartoe de waarborg der openbaarheid

geheel weggenomen? in 't belang van den rechter waarschijnlijk, of van wat men de waardigheid der justitie noemt? Maar heeft de gewraakte rechter en de justitie zelve bij de openbaarheid niet veel grooter belang, en is die waarborg voor den justiciabele niet nog van grooter gewicht, waar hij staat tegenover een zijner rechters dan tegenover eene gewone partij? De openbaarheid, waarvoor volgens den C. de pr. art. 385 gezorgd werd door het rapport eens rechters en de conclusie van 't O. M. ter openbare terechtzitting genomen, valt hier voor het geheele geding weg. De fransche wetgever liet ook het appèl toe en gaf voorschriften om aan de mogelijke bezwaren daaruit voortvloeiende te gemoet te komen. In het Wetb. van 1830 vindt men hooger beroep uitgesloten. Reden werd er niet voor gegeven. Waarschijnlijk heeft de wetgever ook hiermede voor de eer des rechters meenen te zorgen ten einde niet langer dan noodig daarover discussie toe te laten. Maar is het middel niet nog meer dan anders noodig ten behoeve der partij, als de rechter door zijn eigen college in 't gelijk gesteld werd, en voor den rechter zelven, als hij, door de hem nog zwaarder drukkende uitspraak van zijn eigen college, in 't ongelijk gesteld werd? Uitsluiting van cassatie was nog meer met den geest dan met de letter van de Grondwet in strijd, doch is dat thans niet meer omdat art. 165 uitzonderingen uitdrukkelijk toelaat.

Het Ontwerp gaat in de door den wetgever van 1830 gevolgde richting voort. Wel voorziet het in een grondiger instructie door den oordeelenden rechter de bevoegdheid te geven om den gewraakten rechter zoowel als de wrakende partij te hooren, doch terwijl dit buiten elkanders tegenwoordigheid moet plaats hebben in raadkamer, is de schending van het „hooren van beide partijen" te flagrant om die aldus gegeven bevoegdheid eene verbetering te noemen. N. Bijdr. XVI bl. 232. — Ook het hooger beroep blijft uitgesloten naar 't Ontwerp (art. 18), doch de cassatie meende de Ontwerper terecht niet te mogen uitsluiten. Zie toel. op art. 18.

Het Wetb. v. B. R. bevat in art. 43, op 't voorbeeld van den C. de Pr., art. 390 en van de Ordon. artt. 29 en 30, eene bepaling waarbij eene boete bedreigd wordt tegen den in 't ongelijk gestelden eischer in zake van de wraking. Ook deze bepaling had de kennelijke strekking om het misbruik van het middel te voorkomen. Deze bepaling is bij de wet van 7 April 1869 n°. 55 vervallen als gevolg van het daarbij gehuldigd beginsel om het gebruik maken van een bij de wet

toegekend middel niet met boete te bedreigen. Bij de wraking had het reeds zijn raison d'être verloren toen de wetgever de redenen van wraking tot de bij de wet opgenoemde beperkte. Zie daarover de toel. op art. 17 van het Ontwerp.

De akte van wraking moet de reden aangeven. Dit is het gevolg van het beginsel om de wraking alleen om bepaalde redenen toe te laten. Alle redenen tegelijk: dit bepaalt art. 37 terecht, conf. art. 354 (thans 324) Strafv., ten einde het onderzoek niet noodeloos te rekken. VOORDUIN VII bl. 476, 3°. Zal deze bepaling niet zonder sanctie zijn, dan moet het imperatieve voorschrift wel ten gevolge hebben dat op grond van de niet aangevoerde redenen later geene wraking meer kan voorgesteld worden. Niet minder duidelijk is het evenwel dat de mogelijkheid voor het aanvoeren der redenen moet hebben bestaan en dat zij dus niet eerst later ontstaan moeten zijn.

Onderteekening door de partij zelve. Deze handeling behoort niet uit haren aard tot de instructie van het geding en het voorstellen der wraking moet bovendien geacht worden te berusten op de persoonlijke waardeering van 's rechters partijdigheid door de gedingvoerende partij. Daarom kan de procureur hierbij niet uit krachte van die betrekking als vertegenwoordiger optreden. Hij moet dus als ieder ander bij authentieke akte gemachtigd zijn. Verg I bl. 162. Een authentieke akte is voorgeschreven opdat voor den rechter blijke dat de volmacht werkelijk van de partij zelve uitging, alzoo de wraking hare persoonlijke handeling is. Een volmacht in algemeene bewoordingen vervat is tot het voorstellen eener wraking niet voldoende. Dit volgt uit den eisch van bijzonder daartoe gemachtigd.

Terhandstelling aan den griffier. Verg. I bl. 135. De griffier zal ook moeten zorgen voor kennisgeving aan den president opdat de zaak door het college kunne worden in behandeling genomen.

Het bewijs van ontvang door den griffier af te geven is, evenals de verklaring des gewraakten rechters houdende berusting in de wraking of weigering om zich te onthouden, van zegelrecht vrijgesteld bij art. 17 A n°. 21 der Wet van n°. 47.

Verklaring houdende berusting. Die berusting brengt mede volgens art. 35, dat de rechter zich van de zaak moet onthouden.

Er is dan geen bevel des rechters noodig dat hij zich onthoude, zooals art. 318 C. de Pr. bepaalde, en de gewraakte rechter zal kunnen volstaan met van die berusting kennis te geven aan het college, waarin hij zitting heeft, zonder dat dit daarover, als in het geval van art. 31, een oordeel heeft uit te spreken.

Binnen twee dagen berusten of weigeren om zich te onthouden. Art. 34. Quid, als noch het een noch het ander plaats heeft? Als de rechter, het hem medegedeelde stuk terughoudende, alsnog aan het college de tegen hem bestaande reden opgeeft volgens art. 31, dan zal de daarop gegeven beslissing aan het doel der voorgestelde wraking kunnen beantwoorden. Houdt de rechter evenwel eenvoudig het stuk terug, en is de zaak niet tengevolge van de voorgestelde wraking uitgesteld geworden, dan kan de wrakende partij zich wel tegen het zitting nemen des gewraakten rechters verzetten, maar het college zal over de wraking niet kunnen beslissen, dewijl de inhoud van de akte hem onbekend bleef. — Geeft de rechter het stuk terug, zonder eenige verklaring, daaruit zal noch tot berusting, noch tot weigering besloten kunnen worden, maar het college zal op de akte van de partij alleen hebben te oordeelen en te beslissen. Komt het stuk nà den gestelden termijn terug, het college zal daarop niet kunnen letten en ook nà dien termijn moeten beslissen. Eene verklaring dat op de casu quo aangevoerde gronden van weigering als tardief ingebracht niet mag worden gelet, zou niet veel anders dan eene weinig beteekenende formaliteit zijn. — Al deze moeilijkheden waren vermeden met de bepalingen van den C. de Pr. art. 385 en 386, volgens welke de gewraakte rechter binnen een hem gestelden termijn zijne verklaring had te stellen op de ter griffie berustende minuut van de akte van wraking waarvan hem een afschrift was medegedeeld. Bij verzuim des rechters in het afleggen dier verklaring, spreekt het van zelf dat het college op de akte van wraking alleen uitspraak had te doen. Wilde men den Code verlaten, dan had althans in de gevolgen van het verzuim moeten worden voorzien, zooals het Ontwerp voorstelt, door het verzuim als berusting aan te merken. Art. 9 § 2. Dat kan men naar onze wet niet aannemen. — Wanneer het college op de akte alleen uitspraak doet, kan er nimmer sprake zijn van verstek. De gewraakte rechter is gehoord en er is hier ook geen eigenlijk geding. Cf. COLMET DAAGE (BOITARD, Leçons) n°. 577. Opmerkelijk is het, hoe ook de wetgever in de gekozen uitdrukking: berusten of weigeren zich te onthouden de gedachte aan gedingvoerende

partijen heeft willen uitsluiten. Cf. een arrest van het hof van cassatie bij CARRÉ Q. 1402.

Verhoor van het O. M. Dit volgt uit art. 324, 4°, maar wordt, hoezeer in den Code in art. 385 dit hooren nader geregeld werd, hier in de wet niet eens vermeld. Het college zal moeten zorgen dat het O. M. tot kennisneming van de zaak en het nemen zijner conclusie in staat worde gesteld.

Het onderzoek en de beslissing is opgedragen aan het college, waartoe de gewraakte rechter behoort. Daarmede bedoel ik: niet aan een ander college, gelijk ook art. 31 van het „college waartoe de gewraakte rechter behoort" en art. 36 van „het hof of de rechtbank" spreekt. Doch dat college doet hier uitspraak als in andere zaken, met het voor de rechtspraak vereischt getal rechters en daarom zal de plaats van den gewraakt wordenden rechter door een ander moeten worden ingenomen. Cf. CHAUVEAU op CARRÉ Q., 1392, 2°. en Q 1400. Waar het college alzoo in kamers verdeeld is, blijft de wraking ter beoordeeling van dezelfde kamer. Ik zie niet in dat de verandering van chambre in college aan dit gevoelen in den weg staat. De geschiedenis waarop OUDEMAN zich voor het tegendeel beroept (bl. 47) bewijst zijn gevoelen m. i. niet. Eene dergelijke verandering in art. 846 werd gemotiveerd daarmede dat de verdeeling van het college in kamers in de wet op de rechterl. organ. niet bekend is. Zie v. D. HONERT ad § 846. Ook in het reglement n°. 1 wordt de wraking onder de werkzaamheden der kamers gebracht. Art. 78 n°. 1c; R. Bijblad 1875, A. bl. 244.

Het college (of de kamer) moet tot die beoordeeling niet buiten staat gesteld worden door de partijen. Daarom kan de wraking van meer rechters niet tegelijk worden voorgesteld, maar van een tweeden eerst nadat over de wraking van den eersten beslist is. Art. 38. Door deze bepaling vervalt de moeilijkheid welke eene wraking van meer rechters tegelijk op de bekwaamheid van het college om daarover recht te spreken onder de fr. wet kon te weeg brengen. Cf. CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1337. Ook moeten de rechters zelven aan het college niet de beoordeeling onmogelijk maken; geen der leden mag zich van de kennisneming eener voorgestelde wraking verschoonen. Art. 39. Deze beide laatste bepalingen werden naar aanleiding van artt. 355 en 356 § 2 C. thans 325 en 326 § 2) W. v. Strafv. opgenomen.

Gegrond en bewezen vindende. Art. 39 zegt: bewezen en gegrond. Doch de vraag naar de gegrondheid in de wet als reden aangewezen, zal wel vooraf moeten gaan. Frusta probatur quod probatum non relevat. Is de reden in de wet gegrond dan moet zij bewezen worden en dit bewijs kan — en terecht — niet meer, zooals onder den Code art. 389, afgewezen worden, op de eenvoudige verklaring van den gewraakten rechter, indien de partij geen schriftelijk bewijs of begin van schriftelijk bewijs heeft bijgebracht. Van het bestaan van dit laatste is het toelaten van getuigenbewijs naar onze wet hier in het geheel niet meer afhankelijk. Verg. antw. der Regeering op aanm. van de 5de afdeeling der Tweede Kamer bij NOORDZIEK B. R. 1827—28 II bl. 539 op art. 35 coll. bl. 483. Terwijl die toelating, bij 't niet bestaan van begin van schriftelijk bewijs, onder den Code nog van de prudentie des rechters afhankelijk was, stelde de ontwerper m. i. ten onrechte dien eisch absoluut. Art. 16 § 2. Zie daartegen N. Bijdr. XVI bl. 233.

De wraking toestaan. Dit zegt art. 36, maar 't praktisch effect van de gegrond bevonden wraking zal er bijgevoegd moeten worden in een bevel dat de gewraakte rechter zich van de kennisneming der zaak onthoude, zooals art. 38 C. de Pr. uitdrukkelijk voorschreef. Bevindt de rechter de wraking ongegrond, dan zal hij die verwerpen. (Cf. art. 389 C. de Pr.) Meer behoeft daar niet bij, want er wordt geen verandering gebracht in den bestreden toestand, hier de samenstelling van het college.

Kosten. Hoe zorgvuldig de wetgever de gedachte aan een eigenlijk geding heeft willen vermijden zal men, bij zijn stilzwijgen, naar den regel in art. 56 aangenomen toch wel niet anders kunnen beslissen, dan dat, gelijk art 17 § 4 ontwerp uitdrukkelijk bepaalt, bij toelating der wraking, de kosten gedragen worden door den gewraakten rechter (zie echter CARRÉ Q. 1402 en vonnis Leeuwarden 26 Oct. 1842 W. n^{0}. 357) en, bij verwerping, door de partij, welke ze heeft voorgesteld. Maar als de rechter berust? Dewijl er dan geen uitspraak volgt, (art. 35) kan er ook geen veroordeeling in de kosten worden uitgesproken. De partij houdt ze dan te haren laste. Er bestaat over dit punt verschil van gevoelen. Verg. OUDEMAN bl. 51. Zelfs de iure constituendo zou mij een voorbehoud dezer kosten tot de einduitspraak over de hoofdzaak, zoodat zij ten laste van de ander der gedingvoerende partijen zouden kunnen komen, weinig aannemelijk toeschijnen.

Ten aanzien van de wraking van het O. M. en den griffier of zijn substituut gelden dezelfde regelen van procedure. De griffier zal altijd moeten zorgen dat de voorgestelde wraking ter kennis kome van het college.

Van de wraking van een kantonrechter wordt kennis gegeven door de arrondissements-rechtbank waaronder het kantongerecht behoort. Daartoe wordt de akte van wraking, die ter griffie van het kantongerecht is ingediend, met de verklaring des rechters, dat hij weigert om zich te onthouden, op het verlangen van de eerst gereede partij door den griffier verzonden aan den officier van justitie die de zaak aan het oordeel van de rechtbank onderwerpt. Art. 40. Wraking van kantonrechter.

Art. 40 spreekt niet uitdrukkelijk van den termijn binnen welken de akte moet worden ingediend. Van schriftelijke behandeling kan hier geen sprake zijn, maar, dewijl ook bij 't kantongerecht geene aan pleidooien voorafgaande conclusiën zijn voorgeschreven, en de zaak dadelijk mondeling wordt voorgedragen en op die mondelinge voordracht wordt recht gedaan, moet de akte ingediend worden voor dat tot de mondelinge voordracht wordt overgegaan. Verg. v. ROSSEM op art. 33 n°. 2.

Art. 40 spreekt van de opzending der akte met de verklaring des rechters zonder meer. Terwijl echter in geval van berusting geen uitspraak vereischt wordt (art. 35) en alzoo ook geen der partijen de verzending zal begeeren, kan deze alleen te pas komen als de rechter weigert zich te onthouden. Anders oordeelt Mr. v. D. LEEUW in N. Bijdr. XI (1861) bl. 374 vv. weerlegd door OUDEMAN I § 18, bl. 51. De boven aangewezen moeilijkheden kunnen zich hier ook voordoen. Maar als de rechter het stuk zonder daarop gestelde verklaring teruggeeft, zal het stuk ook zonder die verklaring op verzoek der „eerst gereede partij" verzonden kunnen worden. De woorden van art. 47 C. de pr. waardoor dit geval voorzien werd, „faute par lui de répondre" hadden echter duidelijkheidshalve behouden kunnen blijven.

De beslissing der rechtbank heeft hier ook plaats zonder partijen te hooren. De Code liet dit vrij: „Sans qu'il soit besoin d'appeler les parties." Men had de verzending ook wel aan den griffier ambtshalve kunnen overlaten.

Zal de wraking van den griffier van het kantongerecht niet op dezelfde wijze als die van den kantonrechter moeten behandeld

worden? Het is zoo, art. 40 bevat eene bijzondere bepaling, maar indien, gelijk hier, de algemeene bepaling niet kan worden toegepast, moet men dan niet de analogie in de bijzondere bepaling vinden, als men de wet niet onuitgevoerd wil laten?

Verschooning tot voorkoming van wraking.

Om het voorstellen van eene wraking te voorkomen, is ieder lid van een rechterlijk college, die weet dat er eenige reden van wraking tegen hem bestaat, verplicht aan het college, waarin hij zitting heeft, daarvan kennis te geven, en zich op dien grond te verschoonen om aan de rechtspraak deel te nemen. Het college beslist dan of hij zich zal moeten onthouden. Art. 31.

Dat een rechter, waar hij de mogelijkheid eener wraking voorziet, niet gedwongen moet zijn zich daaraan bloot te stellen en zijn college de behandeling van dergelijke quaestie behoort te besparen, is zeer rationeel. En daarom is eene bepaling als art. 31 goed te keuren, ook dewijl daaruit de verplichting van het college volgt om daarop te beslissen. Doch de wetgever verloor, evenals de fransche in art. 382 C. de pr., uit het oog, dat de bepaling onvolledig werd zoodra de wraking alleen werd toegelaten om bepaalde in de wet aangegeven redenen. Was er grond om de wraking te beperken en aan vaste regelen te binden, evenveel grond is er om den rechter zelven meer ruimte te laten om zich te verschoonen, dewijl hij ook om andere redenen zich terecht bezwaard kan gevoelen om van eene zaak kennis te nemen als hij ook den schijn van partijdigheid vermijden wil. Desniettemin zie ik geen bezwaar om met het hof van cassatie in Frankrijk ook buiten de redenen van wraking, redenen van verschooning te laten gelden en met CARRÉ (Q. 1388) aan te nemen dat art. 380 C. de pr. (art. 31) vooral de strekking heeft om te voorkomen dat eene wraking door partijen voorgesteld worde. Zie ook arr. H. Raad 18 Oct. 1872, W. v. h. R. nº. 3519. De wetgever had evenwel art. 31 kunnen aanvullen met de bepaling: „of indien er andere redenen zijn waarom hij zich meent te moeten verschoonen." Dit is goed ingezien in het Ontwerp art. 1 aan het slot in vergelijking met art. 6. Intusschen zal de zaak niet licht tot moeilijkheden in de praktijk aanleiding geven, daar de samenstelling van het college voor de rechtspraak door het college en den voorzitter volgens artt. 19—25 van het reglement nº. 1 geregeld wordt. Men kan zich evenwel eene min wenschelijke verstandhouding tusschen de leden van het college of tusschen den kantonrechter en zijne plaatsvervangers voor-

stellen, ook wel dat het zich onttrekken van den een den ander werkelijk bezwaart en daarom is, ofschoon dit laatste zich nog eer in strafzaken dan in burgerlijke zaken zal voordoen, eene uitdrukkelijke regeling van dit punt, en dan ook van de wijze waarop de verschooning moet behandeld worden, niet zonder belang. Omtrent de wijze van behandeling bepaalt art. 31 niets, verwijst het zelfs niet naar de bepalingen omtrent de wraking. Bepalingen, als het Ontwerp in art. 2—5 bevat, verdienen daarom goedkeuring. Maar eene toelating van eene verschooning ter terechtzitting met uitspraak op de terechtzitting, soms na een gehouden getuigenverhoor en het brengen van kosten ten laste der partijen, zooals naar art. 16 en 17 Ontw. kan plaats hebben, gaat m. i. buiten de grenzen eener noodzakelijke regeling. Ook geloof ik niet dat, naar art. 31 onzer wet, het college voor de kennisneming van eene reden van verschooning met een rechter, in de plaats van dengene die zich verschoont, zou moeten aangevuld worden, wat het Ontwerp in art. 15 verlangt. Zie CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1392, 2o. Is terecht niet overgenomen de bevoegdheid aan den rechter bij art. 389 C. de pr. toegekend om, bij ontstentenis van schriftelijk bewijs of begin daarvan, de wraking op de eenvoudige verklaring van den gewraakten rechter te verwerpen, — bij het bestaan der redenen van verschooning kan de overlegging van schriftelijk bewijs als dit er is, geen moeilijkheid opleveren; maar dat de rechter zijne bewering tegenover zijne ambtgenooten met getuigenbewijs zou moeten staven, daarmede wordt al te weinig vertrouwen in het woord des rechters gesteld. De verschooning is eene zaak uitsluitend tusschen den rechter en zijne ambtgenooten of tusschen den kantonrechter en zijne plaatsvervangers, waarmee de partijen niets te maken hebben en waarmede zij ook niet moeten gemoeid worden.

Het gevolg van een toegelaten wraking of verschooning is dat een ander lid van het college, of bij de rechtbanken en kantongerechten een rechter-plaatsvervanger de plaats van den gewraakten of verschoonden rechter inneemt. Gevolg van toegelaten wraking.

De meest gereede partij zal dan de andere doen oproepen tot voortzetting van het geding door het houden van de pleidooien, bij de kantongerechten tot de nadere mondelinge voordracht.

Ten aanzien van de wraking van den griffier en zijn substituut en van den ambtenaar van het O. M. herinner ik hunne vervanging door

een lid van het college of bij het kantongerecht door een door den rechter daartoe aangewezen persoon. Zie I bl. 137, 118.

Over het voortprocedeeren bij het kantongerecht na toegelaten wraking van den kantonrechter, zie Mr. VAN DER LEEUW t. a. p. bl. 377.

Verwijzing. Indien evenwel zóóvele leden en plaatsvervangers gewraakt worden of zich verschoonen dat het college niet meer op de voor de rechtspraak vereischte wijze kan worden samengesteld, wordt verwijzing van het geschil naar een ander gerecht gevraagd.

De verwijzing moet gevraagd worden aan den hoogen raad indien een hof en aan het hof indien eene rechtbank door wraking of verschooning harer leden buiten staat werd gesteld om van het geding kennis te nemen. Art. 273.

De verwijzing wordt gevraagd door de meest gereede partij bij een verzoekschrift inhoudende de gronden.

Dit verzoekschrift wordt beteekend aan de tegenpartij, met aanmaning om daarop binnen veertien dagen te dienen van antwoord, en ter griffie van den hoogen raad of van het hof nedergelegd.

Het antwoord met de gronden van tegenspraak wordt binnen gelijken termijn ter griffie gebracht.

Na afloop van dien termijn doet de hooge raad of het hof, na verhoor van het O. M., uitspraak en wijst, het verzoek gegrond vindende, den rechter aan die van het geschil moet kennis nemen. Art. 274 en 275.

Zonderling, hoe dikwijls de wetgever van 1838, waar hij den franschen Code verbeterde, halverwege bleef staan. Terwijl hij zoo terecht de wraking in een algemeenen titel opnemend dáár bijzondere bepalingen voor de kantongerechten opnam, en o. a. opzettelijk sprak van het geval dat, door wraking of verschooning van een kantonrechter en al zijne plaatsvervangers, eene verwijzing naar een ander gerecht moet plaats hebben, liet hij dit punt ten aanzien van de rechterlijke colleges liggen om in een bijzondere afdeeling van den III^n titel (de 14de) over de verwijzingen naar een ander gerecht te handelen, op 't voorbeeld van den Code Livre II titel XX du renvoi à un autre tribunal. Doch de fr. wetgever handelt daar over renvoi pour parenté ou alliance, niet als gevolg van toegelaten wraking of verschooning maar als gevolg van een bijzonderen grond om zich aan rechtspraak van een bepaald college te onttrekken, een soort van wraking van het geheele college. Nadat

het Wetboek van 1830 deze instelling onherkenbaar had gemaakt en met de verwijzing wegens toegelaten wraking had vereenigd, bepaalde de wetgever zich in 1838 terecht tot deze laatste, maar behield nog te veel overblijfselen van de hier niet toepasselijke fransche bepalingen.

Zoo rationeel als het bijv. is, dat de verwijzing in den Code bedoeld gevraagd moet worden vóór de pleidooien, omdat zij gegrond is op eene bestaande betrekking van bloedverwantschap tusschen meer dan een rechter en eene der partijen, even rationeel als bij de wraking, zoo overbodig is diezelfde bepaling hier, in art. 274, omdat de wraking toch ook vóór de pleidooien moet voorgesteld worden. Maar zij is bovendien verkeerd, want terwijl er ook nog later eene wraking kan worden voorgesteld, bestaat er ook mogelijkheid voor het geval dat later het college buiten staat geraakt om met een voldoend aantal rechters te oordeelen. Daarom is dit voorschrift door mij in den tekst weggelaten.

Ten anderen heeft de fr. bepaling *demander le renvoi* ten onrechte van een *eisch* doen spreken, eene qualificatie hier geheel ongepast omdat van een eisch van de eene partij tegen de andere volstrekt geen sprake is. Uitsluitend van den rechter wordt hier eene voorziening gevraagd, welke wel *verzocht* maar niet *geëischt* pleegt te worden. Zie ook art. 41. Die voorziening zal voor de verdere rechtspraak noodzakelijk genomen moeten worden, zoodra den rechter blijkt van de uitgesproken wrakingen of toegelaten verschooningen. Hierin zullen dan ook de *middelen* bestaan welke het verzoekschrift moet inhouden. Dat nu aan de tegenpartij beteekening van het verzoek wordt gedaan is noodig omdat geene beschikking op verzoek van eene partij in het geding behoort genomen te worden buiten de andere om. Maar dat die tegenpartij dienen moet van antwoord met middelen, zooals de wet het uitdrukt, waar een eenvoudige berusting of een laten verloopen van den termijn zonder te antwoorden meerendeels te verwachten is, is ook al geen blijk dat de wetgever zich deze zaak klaar heeft voorgesteld. De rechter doet dan ook uitspraak na verloop van den termijn en de zaak wordt niet tusschen partijen gedebatteerd. Naar haren aard is dit incident eer een onderwerp van voluntaire dan van contentieuse jurisdictie. En er zal alleszins reden zijn om de kosten van dit incident, waartoe de meest gereede partij het initiatief kan nemen, te reserveeren tot het eindvonnis, daar het hier geldt een „noodzakelijken maatregel van instructie" gelijk terecht OUDEMAN § 139 opmerkt.

Het O. M. Zie art. 324 n°. 4, waarin echter de uit art. 273 bij de herziening geschrapte woorden „het verwijzen uit hoofde van bloedverwantschap of aanhuwelijking" nog voorkomen.

Schorsing van het geding.

De loop van het rechtsgeding wordt geschorst van den dag der beteekening van het verzoekschrift. Art. 274.

De schorsing zal eerst kunnen ophouden met de uitspraak van de verwijzing. De meest gereede partij zal dan de tegenpartij moeten doen oproepen om op een bepaalden dag in het bij den aangewezen rechter overgebracht geding op de laatste dingtalen voort te procedeeren. Zie OUDEMAN 1 § 139 en formulier 112. Het arrest van verwijzing behoeft daarbij niet beteekend te worden. Art. 66 (nieuw.) Art. 375 C. de pr. bevat hier eene uitdrukkelijke, zeker niet overbodige, bepaling.

Verwijzing bij wraking van kant. rechter.

Indien ten gevolge van wraking of verschooning van een kantonrechter en van zijne plaatsvervangers, het geding niet bij het kantongerecht, waarbij 't werd aangebracht, kan worden berecht, wendt de meest gereede partij zich tot de arrondissementsrechtbank met verzoek om een ander kantonrechter binnen haar rechtsgebied tot beslissing van het geding aan te wijzen. Art 41.

De redactie van art. 41 verdient alleszins de voorkeur boven die van art. 273. De uitdrukkelijke voorziening die in den C. de pr. niet voorkwam (zie echter loi 16—26 vent. XII (7—17 mars 1804) ROND. I p. 303), is eene verbetering. Maar nu blijft de wetgever hier weder halverwege staan door niet te bepalen, hoe die verwijzing bekomen wordt. Hoe moet dan verder ten aanzien van die verwijzing geprocedeerd worden? Ofschoon art. 125 de 14de afdeeling niet opnoemt onder die afdeelingen van tit. III, welke toepasselijk zijn op de procedure bij de kantongerechten, en art. 273 en vgg. uitsluitend handelen over de verwijzing om toegelaten wraking of verschooning bij hoven en rechtbanken, terwijl art. 276 in dezelfde afdeeling wederom wel betrekking heeft op jurisdictiegeschillen tusschen kantongerechten, ben ik toch van oordeel dat art. 274 en 275 hier op de behandeling van het verzoek bij de arrond. rechtbank ex analogia behooren te worden toegepast. De wet zwijgt. En ofschoon zij zelve geene voorziening noodig achtte en de bepalingen van art. 274 en 275 schijnt uit te sluiten, blijkt het dat er bepalingen noodig zijn

en is de analogie bij het bestaan van dezelfde ratio en een gelijksoortig geval volkomen gerechtvaardigd.

Over de regeling der verwijzing tengevolge van wraking te vergelijken het Ontwerp artt. 19—21.

§ 92. RECHTSWEIGERING. *)

Er is rechtsweigering, wanneer rechters weigeren op verzoekschriften te beschikken of een voor hen aanhangig geding te beslissen. Art. 844. Wat rechtsweigering is.

Zie B. III tit. 6, afd. 8 artt. 844—852. C de pr. art. 505, 4°., 506—516; Ord. 1667, tit. XXV; Ontwerp B. I, tit. 4.

De rechtsweigering is naar den C. de pr. (déni de justice) een der redenen waarom aan eene gedingvoerende partij werd toegestaan tegen een rechter tot schadevergoeding te ageeren door de zg. prise à partie. De drie andere daar vermelde redenen (art. 505) 1°. dol, fraude ou concussion, 2°. si la prise à partie est expressément prononcée par la loi (waarvan evenwel geene gevallen voorkomen) 3°. si la loi déclare les juges reponsables à peine de dommages et intérêts, zijn bij ons vervallen. De gevallen, waarin de Code de rechters voor schadevergoeding aansprakelijk stelde, buiten rechtsweigering, komen in onze wetgeving niet voor. Daarmede vervalt ook de vraag of in zoodanige gevallen op de wijze als bij rechtsweigering voorgeschreven zou moeten worden geprocedeerd. Cf. CHAUVEAU bij CARRÉ Q. 1807, 2°. De rechtsweigering is bij ons het eenige geval, waarin men den rechter tot schadevergoeding kan aanspreken, waarin dus eene prise à partie plaats heeft, zonder dat deze onder die benaming bij ons voorkomt.

In verband met ons onderwerp, de incidenten in een rechtsgeding, hebben wij hier meer bepaald te doen met de weigering om een aanhangig rechtsgeding te beslissen. Beschikking op verzoekschriften slaat meer terug op voluntaire jurisdictie, al kan ook eene vordering soms bij verzoekschrift ingesteld worden, waarvan juist de vordering tot schadevergoeding wegens rechtsweigering een voorbeeld oplevert. Art. 847. Ook kan een verzoekschrift noodig zijn tot instellen eener vordering nl. op korten termijn. Art. 7, enz. Zie Dl. II bl. 3.

---

*) KERSTENS diss. de denegata iustitia in causis civilibus L. B. 1841. J. C. VAN EYK, Bijdrage tot de leer der rechtsweigering. Acad. proefschr. Utrecht 1875.

Weigeren. De Ord. van 1667 sprak in art. 2 van refusent ou sont négligents; de Code de pr. sprak van refusent de répondre les requêtes, ou négligent de juger les affaires, art. 506. Ook sprak het Wetb. van 1830, art. 699, van verzuimen. Welke uitdrukking men verkieze, — het bestaan van het verzuim wordt toch niet aangenomen dan na twee aanmaningen aan den rechter volgens art. 845 gedaan. Bestaat dan inderdaad de verplichting des rechters, dan zal wat aanvankelijk een verzuim kon heeten toch wel als eene weigering moeten beschouwd worden, gelijk terecht door de Regeering bij de vaststelling van art. 847 werd opgemerkt. V. D. HONERT § 844.

Rechters. Blijkens art. 846 vooronderstelt de wetgever de mogelijkheid van rechtsweigering bij alle gerechten uitgezonderd bij den H. Raad. De onmogelijkheid om een rechter aan te wijzen die van rechtsweigering door den H. Raad zou kennis nemen heeft daartoe geleid. Cf. BOITARD ad art. 509. Rechtsweigering door een lid van den H. Raad, waarover de Raad kan oordeelen wordt even goed als van een lid van een Hof of van een rechtbank aangenomen. (Art. 846 § 2). Doch hoe heeft men zich de rechtsweigering in zoodanig geval voor te stellen? Een lid van het college wordt nimmer geroepen een aanhangig geding te beslissen. Dat kan alleen bij den president van de rechtbank voorkomen. De wet moet dan wel het oog hebben op een rechter-commissaris die een rapport heeft uit te brengen zooals bij de schriftelijke behandeling, art. 170, of voor welke, zooals in revisie, de zaak voldongen wordt, en die daardoor de beslissing kunnen tegenhouden of verhinderen, art. 366, 367, of ook gevallen waarin, als bij verificatie of bij accoord of rangregeling in faillissement krachtens verwijzing van R. C. en op zijn rapport wordt geprocedeerd, Art. 122, 150, 185 faill. wet. Op het O. M. of op de griffiers kan de bepaling om den inhoud van art. 844 zelven niet toegepast worden. Verg. OUDEMAN, III § 118.

Aard van het middel.

De rechtsweigering is een incident en leidt tot eene incidenteele vordering.

Als in een geding uitspraak geweigerd wordt is dit uit den aard der zaak eene omstandigheid, die den loop van het geding vertraagt en verwikkelt omdat men tot geen uitspraak zal komen zonder dat die verhindering uit den weg geruimd wordt. Daartoe wordt dan bij

den in art. 846 aangewezen rechter eene vordering ingesteld tot vergoeding van kosten, schaden en interressen. De vordering is kennelijk gegrond op art. 1401 R. W.

Hare behandeling, ofschoon zij geschiedt bij een ander rechter dan dien, voor welken het geding, waarin de rechtsweigering plaats heeft hangende is, kan de voortzetting van het geding vertragen, dewijl niet alleen, volgens art. 850, de rechters tegen welke de vordering gericht is zich, gedurende het onderzoek daarvan, moeten onthouden van de kennisneming van het bij hen aanhangig geding, maar dewijl het, volgens art. 852, zelfs twijfelachtig kan zijn of zij met de kennisneming van dat geding ten slotte belast zullen blijven.

Nadat het bestaan der rechtsweigering is geconstateerd door twee gerechtelijke aanmaningen aan den rechter gedaan en beteekend aan den griffier, met een tijdsverloop van ten minste drie dagen ten aanzien van een kantonrechter en van ten minste acht dagen ten aanzien van andere rechters, en wanneer zes dagen na de tweede aanmaning zijn verloopen, kan een rechtsvordering tot vergoeding van kosten, schaden en interressen door de belanghebbende partij tegen den rechter worden ingesteld. Wijze van procedeeren.

De vordering wordt ingesteld bij het gerechtshof waaronder de kantonrechter of de arrondissements-rechtbank behoort, wanneer de rechtsweigering aan een kantonrechter of aan eene rechtbank of aan een harer leden wordt ten laste gelegd. Geschiedt de rechtsweigering door een gerechtshof of door een zijner leden of door een lid van den hoogen Raad, dan wordt de vordering bij den hoogen Raad gebracht.

De rechtsvordering wordt ingesteld bij een aan den rechter, aan wien de kennisneming van het geding is opgedragen, ingediend *verzoekschrift*.

De rechter beveelt de *mededeeling van dat verzoekschrift* aan den rechtspraak weigerenden rechter, welke mededeeling geschiedt door de *beteekening van het verzoekschrift met het bevel* binnen veertien dagen ter griffie van dien rechter.

Binnen veertien dagen na deze beteekening, is de rechter verplicht zijne middelen tot verdediging *schriftelijk* in te brengen ter griffie van het Hof of van den hoogen Raad *en dat antwooord* aan den verzoeker *te doen beteekenen*.

Na afloop van den bepaalden termijn doet het Hof of de hooge Raad, na het O. M. in zijne conclusiën gehoord te hebben, ter openbare terechtzitting uitspraak op de stukken. Niettemin kan nog vooraf verlof gegeven worden om nadere memoriën in te dienen, en daartoe de uitspraak van het vonnis uitgesteld worden. Artt. 844—853.

De aard van het onderwerp maakt eene zeer eenvoudige procedure mogelijk. Het is dan ook volstrekt niet de ingewikkeldheid der zaak, welke door een mondelinge voordracht niet in het behoorlijke licht gesteld zou kunnen worden, welke hier de schriftelijke behandeling deed voorschrijven. Veeleer zou men kunnen zeggen, dat hier wel na eenvoudige wederzijds genomene conclusiën op de stukken recht kon worden gedaan. Intusschen begreep de wetgever dit niet aan de partijen te kunnen overlaten. Hij wilde om andere redenen de openbaarheid niet. De verweerder is hier een rechter of een rechterlijk college aan welke het zwaarste plichtverzuim wordt ten laste gelegd. Zie art. 13 A. B. en hierboven § 13 (I, bl. 86.) De goede naam niet alleen van den betrokken rechter, maar de waardigheid van de rechterlijke macht zelve scheen hiermede gemoeid. Daarom stelt de eischer zich zelfs niet onmiddellijk tot den verweerder in betrekking. De aanmaningen worden beteekend aan den griffier, art. 845; het verzoekschrift wordt op bevel van het Hof of van den H. Raad aan den rechter medegedeeld door beteekening van een afschrift daarvan met een afschrift van het bevel, ter griffie, art. 848. Eene dagvaarding heeft hier geen plaats, als ware het niet oirbaar dat een justiciabele zijn rechter daagde. Het verzoekschrift, dat met de beteekening van het bevel de dagvaarding vervangt, is in zoover een loutere formaliteit als het Hof of de H. Raad de mededeeling daarvan bevelen moet. In den C. de Pr. had het verzoekschrift de strekking om tot het instellen der rechtsvordering te worden toegelaten. *Dit* was dus een prealabele kwestie welke het Hof of de H. R. te beslissen had en die, werd zij ontkennend beantwoord, den verzoeker aan veroordeeling tot eene boete blootstelde. Art. 510, 511, 513 C. de pr. Of nu de wetgever terecht het gevaar voor de schending van het gezag door uitsluiting van de openbaarheid tracht te voorkomen is eene vraag, die ik met den franschen wetgever en den ontwerper van een wetboek van burg. regtsv. ontkennend beantwoord. Zie N. Bijdragen XVI (1866), bl. 233 v.) Zeker is het dat, bij de vele voorzorgen, die de wetgever noodig acht om het lichtvaardig instellen van derge-

lijke vorderingen te voorkomen, er veel grond voor het aannemen der rechtsweigering zal bestaan als het eens tot een geding komt.

Wat die voorzorgen betreft, lette men op de herhaalde aanmaningen welke aan het instellen der vordering moeten voorafgaan, art. 845; op de noodzakelijkheid dat het verzoekschrift niet alleen door den procureur, maar ook door den verzoeker of zijnen bij authentieke acte bijzonder daartoe gemachtigde moet worden onderteekend en dat de bewijsstukken, zoo die er zijn, bij het verzoek moeten worden overgelegd, art. 847; op de in art. 853 bedreigde boete van honderd gulden, indien het verzoek wordt afgewezen. Deze laatste bepaling is evenwel bij art. 4 van de wet van 7 April 1869 n^{0}. 55 ingetrokken.

De belangen van de gedingvoerende partijen vinden hunnen waarborg in de bepaling, volgens welke de deurwaarders, daartoe verzocht, gehouden zijn die aanmaningen te doen, op straffe van afzetting, art. 845; in de aan den rechter, tegen wien de vordering is ingesteld, voorgeschreven onthouding van de zaak waarin de rechtsweigering beweerd wordt te hebben plaats gehad, en voorts van alle zaken welke de eischer bij hetzelfde gerecht mocht hebben, en van die waarin zijne naastbestaanden in rechte lijn of zijn echtgenoot partij zijn, op straffe van nietigheid der in die zaken gewezen vonnissen. art. 850.

De procedure zelve is overigens eenvoudig genoeg. Wanneer in art. 847 § 3 „van bewijsstukken indien er eenige zijn" gesproken wordt, doet dit onderstellen dat andere bedoeld worden dan de aanmaningen die er moeten wezen en die van zelf wel overlegd zullen worden. Die woorden „indien er eenige zijn" slaan waarschijnlijk terug op andere in den C. de pr. voorkomende doch niet overgenomen gevallen van prise à partie. Zie art. 511.

Het hooren van het O. M. is bij art. 324 n^{0}. 4 voorgeschreven.

Dat de uitspraak op de openbare terechtzitting moet plaats hebben volgt uit art. 20 R. O. Ook voor het hooren van het O. M. ter terechtzitting wordt geen uitzondering gemaakt. Omtrent de wijze, waarop de zaak ter openbare terechtziting wordt gebracht, zwijgt de wet met afwijking van art. 515 C. de P. Daar er geen rapporteur is benoemd, kunnen de artt. 170 en vv. moeilijk worden toegepast. De heer VAN EYK, t. a. p. bl. 96, is van oordeel dat de behandeling bij geschrifte moet gevolgd worden en dat alzoo een rapporteur moet worden benoemd. Dit is, dunkt mij, niet overeen te brengen met de bepaling van art. 851 volgens welke het Hof op de stukken uit-

spraak doet na verloop van de termijnen. Het komt mij voor dat het O. M. de zaak ter terechtzitting moet brengen ten einde daar conclusiën te nemen.

Het is mij niet bekend dat bij ons eene dergelijke vordering voor den burgerlijken rechter is ingesteld. Van eene instructie tot toepassing der strafwet wegens rechtsweigering in een burgerlijk geding werd een geval medegedeeld in het Rechtsg. Bijblad XX (1870) bl. 197 (*). Volgens de toelichting op tit. IV van B. I. van het Ontwerp zijn de bepalingen van artt. 844—853 B. R., voor zooveel de Regeering bekend was, nimmer toegepast, Mem. v. toel., bl. 78. Ook wordt in de Pasicrisie van Mrs. VAN OPPEN op het woord: rechtsweigering geen ander geval dan het vermelde opgegeven.

Gevolg van de rechtsweigering.

Het gevolg der gegrond bevonden vordering wegens rechtsweigering bestaat in veroordeeling van den rechter tot vergoeding van kosten, schade en interessen. Voorts kan de verwijzing van dat geding naar een ander rechter bevolen worden. Art. 852.

Gelijk de schadevergoeding niet wordt toegewezen zonder dat zij geëischt werd, zal ook van de verwijzing hetzelfde moeten gelden. Het Hof zal ook geen reden hebben om naar de gronden, die daarvoor kunnen bestaan, onderzoek te doen ten einde boven en behalve de veroordeeling nog ambtshalve des rechters onpartijdigheid als verdacht te verklaren, zonder dat zelfs de gedingvoerende partij te kennen heeft gegeven zich door de rechtspraak van dien rechter bezwaard te achten.

Opmerking verdient dat het vragen en toestaan van de verwijzing buiten de andere partij omgaat, maar dit is ook het geval met het voorstellen en beoordeelen der wraking.

Indien de verwijzing naar een ander gerecht wordt bevolen, zal de zaak bij dat gerecht kunnen worden aangebracht als in de vorige § bij de verwijzing tengevolge van wraking is opgemerkt.

Volgens het Wetboek van 1838, art. 853, had de afgewezen rechtsweigering ten gevolge dat de verzoeker tot eene boete van *f* 100 werd verwezen. Bij de wet van 7 April 1869 n⁰. 55 is ook deze bepaling evenals soortgelijke van art. 43, betreffende de wraking, ingetrokken.

*) Ook dit zal niet meer kunnen voorkomen, daar de rechtsweigering uit de rij der delicten is geschrapt. Ontslag achtte de wetgever voldoende, doch hij liet de bij die gelegenheid door hem noodzakelijk geachte aanvulling van art. 11 R. O. tot dusver achterwege. Zie SMIDT, Gesch. Wetb. v. Strafr., III, bl. 55.

§ 93. JURISDICTIEGESCHILLEN.

Wanneer twee of meer gerechten zich gelijkelijk bevoegd verklaren om van hetzelfde geschil of aan elkaar verknochte geschillen kennis te nemen of die gelijkelijk aan zich houden, of wanneer twee of meer gerechten, welke allen of van welke een meer bevoegd zijn, zich tot kennisneming van hetzelfde geschil onbevoegd verklaren, bestaat er een positief of negatief conflict van jurisdictie, door de wet een jurisdictiegeschil, ook eene jurisdictiequaestie genoemd. Wanneer bestaat?

B. I. tit. 3 afd. 14; C. de pr. L. II tit. 19; Ontwerp B. I. tit. 2.

De uitdrukking jurisdictie-geschil komt voor in R. O. art. 54 n°. 1, 65, 88; van jurisdictie-quaestien spreekt B. R. I tit. 3 in het opschrift der 14de afdeeling en in art. 276.

Over de begripsbepaling Dl. I bl. 346 en 347.

Het bestaan van zoodanig conflict geeft grond tot het vragen van regeling van rechtsgebied aan den rechter welke de gemeenschappelijke hoogere rechter is van de gerechten tusschen welke het conflict is gerezen. Gevolg: Regeling van rechtsgebied.

In het eerste der bovengenoemde gevallen, wanneer er een positief conflict is ontstaan, zouden er twee vonnissen over hetzelfde geschil worden gewezen, wat onnoodig is en zou tegenstrijdigheid dier vonnissen te vreezen zijn, wat weinig in overeenstemming zou wezen met de rechtszekerheid door de rechtspraak beoogd. In het tweede geval zou er in het geheel geen recht te krijgen zijn; want het behoeft geen betoog dat, als de rechter zich onbevoegd verklaart, er van rechtsweigering geen sprake is. Op die verwarring moet alzoo orde gesteld en een der gerechten met uitsluiting van de andere tot de behandeling worden aangewezen. Door die aanwijzing heeft de regeling van rechtsgebied plaats, en deze is hier alzoo het object van het verzoek. Zie Ontwerp tit. II art. 2 in overeenstemming met den C. de pr. Liv. II tit. 19 des réglements de juges en voorts art. 5.

Dat de bevoegde rechter de gemeenschappelijk hoogere rechter is wees ik vroeger aan. Dl. I. blz. 113, 345, 361. Het gevolg is dat deze geschillen alleen bij de colleges kunnen behandeld worden.

Wijze van procedeeren.

Regeling van rechtsgebied wordt gevraagd door de meest gereede partij bij een verzoekschrift houdende de gronden van het verzoek.

Het wordt beteekend aan de tegenpartij, met aanmaning om daarop binnen veertien dagen te antwoorden, en ter griffie van het rechterlijk college, dat er op beschikken moet, nedergelegd.

Het antwoord, houdende opgave der gronden van tegenspraak, wordt binnen gelijken termijn ter griffie gebracht.

Na afloop van dien termijn doet de rechter uitspraak na verhoor van het O. M., en wijst, het verzoek gegrond vindende, den rechter aan, die van de hoofdzaak moet kennis nemen. Artt. 276 jis 274 en 275; 324, 4°.

De wetgever maakt in art. 276 eenvoudig de bepalingen omtrent de verwijzing tengevolge van wraking hier toepasselijk. Beide onderwerpen hebben wel niets met elkander gemeen, maar dezelfde wijze van procedeeren kan bij beide worden toegepast. Er is, dunkt mij, ook geen bezwaar dat de vorm van een eigenlijk geding vermeden wordt, al kan hier wellicht eerder dan bij de verwijzing wegens wraking aanleiding tot een geschil tusschen partijen bestaan, weshalve de Ontwerper voor de mondelinge behandeling gelegenheid wil gegeven hebben, als een der partijen dit verlangt. Art. 4 § 2.

Een incident ontstaat hier altijd, want ook art. 274 § 3 is hier toepasselijk zoodat het geding, voor zoover het nog aanhangig is, wordt geschorst.

De gronden, zg. middelen, zullen bij een positief conflict bestaan in de aanwijzing niet alleen van het aanhangig zijn derzelfde of van verknochte gedingen bij onderscheiden rechters, maar ook daarin dat andere middelen, waardoor 't conflict kan worden opgeheven, tevergeefs zijn aangewend, als bijv. de exceptie van litispendentie. Bij een negatief conflict de vonnissen van onbevoegdverklaring der onderscheidene rechters in 't hoogste ressort gewezen. Want de bepaling van het Ontwerp, volgens welke de regeling van rechtsgebied niet kan plaats vinden, indien het conflict door een ander rechtsmiddel kan worden opgeheven art. 2, § 2, acht ik ook onder onze wetgeving van toepassing. Verg. I bl. 347 en de N. Bijdragen aldaar aangehaald.

De uitspraak des rechters houdende aanwijzing van den rechter die

van de hoofdzaak moet kennis nemen, geeft aanleiding om de wederpartij op te roepen ten einde voor dien aangewezen rechter voort te procedeeren. Ook in geval van een negatief conflict van jurisdictie zal geene nieuwe dagvaarding vereischt worden, evenmin als dit noodig is wanneer de hoogere rechter, eene onbevoegdverklaring in hooger beroep vernietigende, partijen terugwijst naar den rechter die zich onbevoegd verklaarde.

BIJLAGE

(Zie bladz. 39.)

DE GEDWONGEN TUSSCHENKOMST,
(ASSIGNATION EN DÉCLARATION DE JUGEMENT COMMUN).

Ons Wetboek van burgerlijke rechtsvordering bevat evenmin als de Code de procédure eenige bepaling over een rechtsmiddel dat de Franschen „demande en déclaration de jugement commun" noemen en dat kortheidshalve met de benaming van „intervention passive ou forcée", passieve of gedwongen tusschenkomst, kan worden aangeduid. Het heeft hoofdzakelijk deze strekking, dat een derde in een aanhangig rechtsgeding door eene der partijen tot handhaving van zijn recht wordt opgeroepen, ten einde het te wijzen vonnis ook voor hem verbindend te hooren verklaren.

Niettegenstaande het stilzwijgen des wetgevers wordt het in Frankrijk door schrijvers en jurisprudentie vrij eenstemmig als toegelaten beschouwd. Voorzoover ik kan nagaan heeft zich ook bij ons de jurisprudentie in dien zin uitgesproken 1). De commentatoren van het Wetboek zijn het evenwel niet eens. Terwijl OUDEMAN het toelaat, is DE PINTO van een ander gevoelen.

Ik twijfel of een van beiden afdoende gronden voor zijn gevoelen heeft aangevoerd.

Wanneer DE PINTO er op wijst dat het aan gegronde bedenking onderhevig mag zijn, of het wel geoorloofd kan wezen een zoodanig rechtsmiddel, bij het volkomen stilzwijgen der wet toe te laten, dan richt hij zich naar den goeden weg. Daar moeten voor die toelating deugdelijke gronden worden aangevoerd. Maar, bij zijn verder onderzoek gaat hij dien weg niet op. Dat onderzoek kan z. i. niet veel geven; want het stilzwijgen des

---

1) Zie VAN OPPEN, Pasicrisie, v. voeging en tusschenkomst n°. 48, 49, 50.
2) Handl. t. d. Burg. Regtsv., II, 1 bl. 400.

wetgevers heeft overwegende kracht „vooral bij ons, waar het geheele onderwerp der tusschenkomst met veel meer zorg en volledigheid is ontwikkeld dan in den Code de pr" Waar die meerdere zorg en volledigheid uit gebleken mochten zijn? Ik vond ze niet bij de behandeling van het onderwerp in mijn Procesrecht III § 80—82. Maar, indien het al zoo ware, die bijzondere zorg voor de behandeling van het geheele onderwerp was voor den wetgever geen reden om over de derde soort van tusschenkomst met geen woord te spreken. Noch in de gewisselde stukken, noch bij de openbare beraadslagingen over de wet werd met een enkel woord van de passieve tusschenkomst gerept. Bleef hare al of niet-toelating dan niet, evenals onder den Code, een open vraag?

Het argument door OUDEMAN aan art 376 ontleend wordt dan ook door DE PINTO niet behoorlijk gewaardeerd. OUDEMAN 1) ontwikkelt dit argument voor de toelating aldus: „Het verzet door derden is echter in ons wetboek opgenomen, en in art. 376 is de bevoegdheid om van hetzelve gebruik te maken, toegekend aan derden wier rechten door het vonnis zijn benadeeld, indien zij (noch in persoon, noch wettiglijk vertegenwoordigd), en diegene, welke zij vertegenwoordigen, in het regtsgeding niet zijn opgeroepen of door voeging of tusschenkomst geene partij zijn geweest. Er schijnt dus geene reden te bestaan, waarom men ook niet onder onze wetgeving, door de gemelde gedwongen tusschenkomst, het verzet door derden zou kunnen voorkomen; terwijl toch uit niets blijkt, dat onze wetgever zulks niet toelaat, maar veeleer uit art. 376 het tegendeel zou kunnen afgeleid worden." De in deze woorden voorkomende herhaling van hetzelfde argument verhoogt de kracht daarvan natuurlijk niet. Maar het argument: nu de wetgever het middel van derde verzet heeft toegekend, moet hij geacht worden niet te hebben willen uitsluiten een middel om dat derde verzet te voorkomen, is krachtiger voor de toelating, dan het straks vermelde argument van DE PINTO voor het tegendeel. Het berust althans op een beginsel uit de wet afgeleid en als daarin opgenomen geacht. Nu kan men tot staving van de juistheid van het argument een meer afdoend betoog verlangen dan uit zijne herhaling voortvloeit, toch schijnt DE PINTO hier te bevooroordeeld geweest te zijn om het juist te waardeeren.

---

1) Burg. Regtsv., 4e druk, bl. 323. § 151.

Wanneer DE PINTO opmerkt, dat men zich te vergeefs beroept op de bepaling van art. 376, omdat, „wanneer daar het verzet door derden wordt ontzegd aan hem die in het geding geroepen is, het dan van zelf spreekt, dat men daaronder te verstaan heeft hem, die, hetzij gedagvaard, hetzij op eene andere bij de wet bekende wijze, in het geding geroepen geweest is", dan raakt dit argument uit de woorden van de wet geput, het argument van OUDEMAN niet. Het is bovendien niet treffend voor de oplossing van de kwestie.

Zeker spreekt het niet van zelf dat, wanneer art. 367 het derde verzet ontzegt aan hem die in het geding geroepen is, daaronder te verstaan is hij die hetzij gedagvaard hetzij op eene andere bij de wet bekende wijze in het geding geweest is. Want, wanneer daaronder, naar de kennelijke bedoeling des schrijvers, moet verstaan worden eene andere bij de wet geregelde of uitdrukkelijk aangewezen wijze, dan is dat wat van zelf heet te spreken eene zuivere petitio principii. Het is immers juist de vraag, of die oproeping in een geding en déclaration de jugement commun bij de wet stilzwijgend zij toegelaten. En nu zit de kracht van OUDEMAN's argument juist daarin, dat, dewijl het verzet door derden gegeven wordt aan hen die niet opgeroepen zijn geweest, de aanwending van dit middel moet kunnen voorkomen worden door hem, die anders daarvan zou kunnen gebruik maken, in het aanhangig geding op te roepen. Al worden door OUDEMAN bij de aanhaling van art. 376 de daarin voorkomende woorden: „niet zijn opgeroepen" enz. gecursiveerd, hij ontleent daaraan niet eens een argument als zouden daarmede de passieve en de actieve tusschenkomst zijn bedoeld.

Zoo leiden de argumentatiën van onze beide commentatoren tot geen resultaat. De Ontwerper van een Wetboek van Burg. Regtsv. (1865) nam het middel niet op; hij spreekt er ook niet over in de toelichting en laat dezen strijd tusschen de uitleggers onvermeld.

Wij moeten dus zien hoe de Franschen het in den Code de Pr. hebben weten onder dak te brengen en of hunne redenen voor de toelating ook onder onze wet aannemelijk zijn.

Het verdient opmerking dat in het jongste ontwerp tot herziening van tit. 1 tot 16 van B. II, eerste deel, C. de pr., op den 19 October 1886 bij de Kamer van Gedeputeerden aanhangig gemaakt 1), in den titel: des inci-

1) Van dit ontwerp gaf ik een verslag in Weekbl. v. h. R., nº. 5450 bl. 3.

dents, de 2de §, handelende tot dusver „de l'intervention," wordt voorgesteld met het opschrift: „de l'intervention et de l'assignation en déclaration de jugement commun". In verband daarmede bevat deze § een drietal artikelen uitsluitend op dit middel van toepassing, waarvan het eerste luidt: „Toute personne peut être assignée à la requête de l'une ou de l'autre des parties, pour voir déclarer commun avec elle le jugement à intervenir." In het exposé des motifs leest men eenvoudig dit: „Aux dispositions relatives à l'intervention, sont ajoutées des règles concernant l'assignation donnée par l'une des parties à un tiers, pour que le jugement à intervenir soit déclaré commun avec lui."

Korter kan het zeker niet. Duidelijk is het ook, want wij hebben de hier aangeduide bepaling inderdaad in het ontwerp gelezen. Niet minder duidelijk evenwel volgt daaruit dat de bepalingen eenvoudig bevestigen eene praktijk over welker juistheid geen discussie meer mogelijk wordt geacht.

Toch zou er wellicht iets meer van gezegd zijn geworden, indien niet reeds dergelijke bepalingen waren opgenomen geweest in een ontwerp van 1866. In de toelichting van dit ontwerp, aan welks bewerking zich het werk van de Commissie, die dat van 1886 ontwierp, aansluit, werd van die bepalingen het volgende gezegd: „Les articles 339, 340, et 341 (C. de pr.) réglementaient une espèce particulière d'incident, l'intervention d'un tiers en la cause; la Commission . . a introduit quelques dispositions pour consacrer un usage dans la pratique, mais dont la légalité a été plus d'une fois contestée: nous voulons parler de l'assignation en déclaration de jugement commun, sorte d'intervention forcée destinée à éviter les circuits d'action, et par conséquent à rendre la justice plus rapide et moins coûteuse. Souvent, en effet, les conclusions échangées par les parties établissent qu'un tiers peut avoir un intérêt réel à la solution d'un procès; chacune des parties peut craindre que la décision qui interviendra en sa faveur ne blesse les droits d'un tiers et ne donne lieu à quelque action nouvelle de sa part; il serait donc fort important que le jugement pût être opposé à ce tiers; mais s'il n'est point en cause, la décision ne lui sera point opposable, elle sera pour lui res inter alios acta. Le but des articles proposés par la Commission est de donner à toute partie intéressée le droit d'appeler le tiers en cause pour voir déclarer que le jugement sera commun avec lui, et par conséquent lui sera opposable. Le projet accorde même ce droit au tribunal, qui d'office peut ordonner la mise en cause du tiers. Le tribunal déjoue par là tous les calculs et assure à sa décision sa force définitive."

Het laatste gedeelte van de toelichting slaat op een artikel van het Ontwerp van dezen inhoud: „Le tribunal peut aussi ordonner d'office cette mise en cause à la diligence de celle des parties qu'il désignera". Het ontwerp van 1886 heeft deze uitbreiding van het middel weggelaten en bewaart in het exposé des motifs daarover het stilzwijgen.

Overigens maakt de toelichting den indruk, alsof zij meer voor niet-rechtsgeleerden dan voor rechtsgeleerden geschreven werd. Van de laatsten zal zeker niet één, die niet reeds vooraf van de wenschelijkheid van het middel overtuigd was, door deze verdediging overtuigd zijn geworden. Dat vermijden van circuits d'actions, waardoor men zich zelven licht verbeeldt met echt Romeinschen tact de theorie te hebben dienstbaar gemaakt aan de praktijk, al zouden ook de Romeinen in dit geval aan een circuitus actionum niet gedacht hebben, en dan dat bevorderen van den snellen en min kostbaren loop van een geding: dat zijn van die soort van argumenten die niet-rechtskundige justitiabelen pakken; zij achten het dan niet noodig — en het is hun te vergeven — om te vragen of wel de gerechtigheid, het ius suum cuique, op die wijze bevorderd wordt.

Het vereenigen van meer procedures in één geding kan zeker tot vereenvoudiging en daardoor ook tot besparing van kosten aanleiding geven, maar daarmede is toch niet de vereeniging van meer gedingen in ieder geval en om haar zelve aanbevelenswaard. Het is mogelijk dat men met die „action nouvelle de la part d'un tiers" het verzet door derden op het oog had. Doch men zegt het niet, men schijnt zich een nog veel uitgebreider toepassing van de „assignation en déclaration de jugement commun" voor te stellen. Het artikel is zoo ruim mogelijk geredigeerd. Het kent de aanwending van het middel toe niet alleen tegen hem die het te wijzen vonnis door het middel van derde verzet zou kunnen bestrijden, maar tegen toute personne, en niet alleen aan hem die veroordeeling vraagt, aan den eischer alzoo, maar even goed aan den gedaagde: „à la requête de l'une ou de l'autre des parties." Die derde mocht soms eene rechtsvordering kunnen instellen waardoor inbreuk gemaakt werd op het gevolg dat het vonnis anders voor de partijen zou gehad hebben.

Bedacht men dan niet dat men langs dien weg een der meest elementaire beginselen van het burgerlijk proces, het wezen zelf van de handhaving der aan de bijzondere personen toekomende rechten ging schenden? Of brengt dit niet mede dat ieder vrij is in de beoordeeling of hij een recht, dat hij zou kunnen hebben, tegen schending of stoornis wil handhaven?

En wordt hier niet die derde opgeroepen om zijn recht te doen gelden, die „action nouvelle" in te stellen, op straffe zich daarvan verstoken te zien, in ieder geval gedwongen om haar in te stellen, niet omdat hij het zelf wil en het nù wil, maar omdat een ander dat in het belang acht van zijne eigene rechtszekerheid? Deze laatste roept den derde op om hem aan te vallen op grond dat die derde dat later wellicht zou kunnen doen als 't hem minder gelegen zou komen, terwijl hij zelf, toch procedeerende, dit proces nu spoediger en min kostbaar in eens kan afdoen. En dat, let wel, omdat die derde dat zou kunnen, terwijl het volkomen onzeker is of hij 't wel zou willen! Dat men iemand tegen wien men in het strijdperk staat, zijne wapens die hij op ons gericht houdt, uit de hand tracht te slaan, dat men reeds vooraf de van hem te verwachten argumenten tracht te ontzenuwen, hem de tanden uitbreekt, zooals dat wel genoemd wordt, dat is volkomen in orde; maar dat iemand die zijn tanden niet laat zien, opgeroepen wordt om zich die te laten uitbreken, voordat hij er zelfs aan denkt om die te laten zien en alleen om hem dit nu reeds voor alsdan onmogelijk te maken, dat gelijkt veel op de toekenning van eene bevoegdheid om macht te maken tot recht. Wat voor hem, aan wien de bevoegdheid toegekend wordt, aangenaam en gemakkelijk mag zijn, is stellig tegenover den derde onrecht. Grover schending van van het „invitus agere nemo cogatur" (dat waar is, niet omdat de Romeinen dat alzoo formuleerden maar omdat daarmede het fundamenteele beginsel van de handhaving der burgerlijke rechten wordt aangegeven), kan moeilijk worden gedacht. En toch is het hier slechts een eerste stap, die gemakkelijk tot nog erger leidde, toen aan den rechter de bevoegdheid om een derde zelfs ambtshalve te doen oproepen, werd toegekend. Daardoor kwam bij de schending van het straks vermelde beginsel nu nog die van 's rechters lijdelijkheid. Hoe is het mogelijk dat de ontwerpers het niet inzagen toen zij in het exposé des motifs dit neerschreven: „le tribunal déjoue par là tous les calculs et assure à sa décision sa force définitive"? De rechter toch heeft geen berekeningen te verijdelen, die immers hier niet tegen hem of zijne macht worden gemaakt, opdat deze in hare gevolgen zou verkort worden; en, wanneer hij recht spreekt tusschen partijen, dan geeft de wet aan zijne uitspraak definitieve kracht ten aanzien van die partijen. Wat zou hem mogen bewegen die kracht tot derden uit te breiden, tot derden die zijne tusschenkomst niet inriepen en die dus niet verlangden? Wat doet het in 's hemels naam af, aan het gezag van het vonnis of aan dat van den rechter, wanneer later een derde, wiens beweringen hem

onbekend waren, door zijn vonnis beweert benadeeld te zijn en daarvan verbetering voor zooveel hem betreft verlangt en zelfs de daarvoor aangevoerde gronden van dien aard blijken te zijn dat die verbetering moet plaats hebben? Zoude de wetgever het verzet door derden hebben mogen toekennen, indien in de aanwending van dat middel een ondermijning lag van 's rechters gezag? Hebben de stellers van het Ontwerp van 1866 de onjuistheid van dit laatste door ons besproken voorschrift ingezien, het zou vreemd mogen heeten dat zij daardoor niet ook tot het inzicht kwamen dat de toelichting van het middel zelf op een ondeugdelijke redeneering berustte en het eer veroordeelde dan rechtvaardigde, indien zij niet bevangen waren geweest door de omstandigheid, dat eene langdurige praktijk het gebruik van het middel had gewettigd. Het „optima est legum interpres consuetudo" deed hen wellicht voorbijzien dat andere voorschrift: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet." Of liever dit: In his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris l. 15 de legg.

Doch dit hebben wij nu nog nader te onderzoeken, of de merkwaardige eenstemmigheid, waarmede schrijvers en jurisprudentie die „assignation en déclaration de jugement commun" toelaten, op geen deugdelijker gronden steunt dan die wij tot dusver leerden kennen. Want het bebetwisten van de wettigheid van het middel, waarvan in het straks door ons uitgeschreven exposé des motifs de rede is, heeft zich, voor zoover ik kan nagaan, alleen in daarover gevoerde processen voorgedaan, maar deze liepen in verre de meeste gevallen op de erkenning van de wettigheid uit.

Ofschoon sommige uitleggers, met name CARRÉ [1]), het geval, waarin een derde tegen een tusschen andere partijen gewezen vonnis met het middel van het verzet door derden (tierce opposition) zoude kunnen opkomen, als een voorbeeld noemen van de gevallen, waarin de passieve of gedwongen tusschenkomst zou kunnen te pas komen, wordt toch door de anderen dit laatste middel daartoe beperkt. Dus BERRIAT ST. PRIX, die met een beroep op RODIER, tot nadere bepaling van de „intervention passive", die hij bij voorkeur déclaration de jugement commun noemt, eenvoudig dit zegt: „on a le droit d'excercer cette

1) Lois de la proc. civ., éd CHAUVEAU, Brux., t. II, Q. 1271.

action contre tout particulier qui pourrait avoir celui de former tierce opposition au jugement qu'on espère obtenir dans la cause principale". Doch ook CARRÉ noemt meer bepaaldelijk de oproeping van hem, die derde verzet zou kunnen aanwenden, déclaration de jugement commun [1]), en BOURBEAU [2]) doet hetzelfde, na aan de intervention passive ou forcée, op gezag van RODIER, eene algemeene beteekenis te hebben gegeven. Elle (l'intervention forcée) a lieu, dit RODIER, Questions sur l'ordonnance de 1667, tit. XI art. 28 qu. 1, quand une tierce partie est assignée pour intervenir dans un procès déjà pendant" [3]). Dan gaat BOURBEAU dus voort: „On la désigne aussi sous le nom de mise en cause ou de demande en déclaration de jugement commun. Cette dernière dénomination est employée lorsque, sans prendre des conclusions directes contre la partie appelée, on se propose uniquement de la mettre à même de faire valoir ses droits dans l'instance, afin d'éviter qu'elle ne puisse attaquer par tierce opposition le jugement qui lui serait étranger." Zoo wordt de gedwongen tusschenkomst metterdaad beperkt tot het geval, dat zij een derde verzet tegen het te wijzen vonnis kan voorkomen, doch het is of men een slag om den arm wil houden om ook daarbuiten te kunnen gaan. Ook DALLOZ [4]) begint met schijnbaar althans een ruimere toepassing te onderstellen. „Toutes les fois, qu'un tiers, qui n'est pas appelé dans un procès, pourrait se plaindre de n'y avoir pas été partie et recommencer une instance sur la même question, la partie intéressée a le droit incontestable de l'appeler en cause pour faire déclarer commun avec lui le jugement à intervenir." Doch ook hij spreekt hier reeds van déclarer commun le jugement en, als hij straks [5]) het beginsel van het middel gaat aanwijzen, brengt hij het in dadelijk verband met het verzet door derden. „Tout individu qui aurait qualité pour former tierce opposition au jugement peut être forcé d'y intervenir. L'intervention forcée", voegt hij er bij, „est la conséquence de l'intervention volontaire; les deux droits sont corrélatifs." Eindelijk zou ik mij voor de door BERRIAT ST. PRIX aangeduide beperkte opvatting nog kunnen beroepen op een auteur, die, zonder zich met onze kwestie bezig te houden, de algemeene opvatting terug-

1) T. a. p. en nt. 2.
2) Contin. de BONCENNE, Théorie, t. V, p. 136.
3) Opmerking verdient dat alleen bij RODIER, niet echter bij BORNIER noch bij JOUSSE, van die intervention forcée melding wordt gemaakt.
4) Répertoire, v. Intervention, Sect. 3, n°. 142.
5) T. a. p. n°. 146.

geeft, wanneer hij van de intervention forcée dit zegt: „Ce droit est exceptionnel; il est absolument restreint au cas où celle-ci (la personne assignée) aurait le droit de former tierce-opposition au jugement qui serait rendu en son absence" [1]).

Wanneer ik nu overweeg, op welke gronden de aangehaalde en andere schrijvers, die meerendeels met andere woorden hetzelfde vertellen, die „assignation en déclaration de jugement commun" gewettigd achten, dan zal ik, na hetgeen reeds vroeger over de toelichting van het Ontwerp van 1866 door mij werd opgemerkt, wel niet meer behoeven stil te staan bij de rechtvaardiging door BERRIAT ST. PRIX aangegeven met deze woorden [2]): „C'est une règle encore dérivée du grand principe de l'abréviation des procédures admise par tous les tribunaux et non abrogée par les lois modernes." Dat groote beginsel is ook al een groot woord; want, al mag de wetgever gezegd worden het in vele gevallen tot richtsnoer te hebben genomen — voor een geval dat hij niet regelde kan het toch niet in toepassing worden gebracht, zonder op andere omstandigheden te letten dan alleen op deze dat ook hier eene vereenvoudiging van de procedure zou kunnen worden bewerkt! Dat de toepassing van het beginsel door de passieve tusschenkomst als een regel aan te nemen bij alle rechtbanken heeft plaats gehad, wijst op eene traditie, die, met al den eerbied waarop haar gezag aanspraak heeft, niet mag beletten een onderzoek naar de rechtmatigheid van hare titels. De bewering dat zij niet zou zijn afgeschaft, terwijl men zich op niet anders dan de traditie zou kunnen beroepen, is in flagranten strijd met art. 1041 C. de pr.: „Toutes lois, coutumes, usages et réglements relatifs à la procédure civile, seront abrogés."

Niets meer dan een groot woord is ook de bewering van DALLOZ, wanneer hij de intervention forcée gegrond acht „sur la nécessité et sur la nature même des choses". Want, moge er al noodzakelijkheid bestaan om processen te vereenvoudigen, moge er alzoo noodzakelijkheid bestaan om met het oog daarop aan partijen bijzondere middelen toe te kennen om hare rechten te doen gelden of die te ontzeggen, moeilijk zal men het bestaan van dergelijke bijzondere middelen kunnen aannemen zonder uitdrukkelijke wetsbepaling, en die moeilijkheid wordt nog grooter, zoo niet onoverkomelijk, wanneer de toelating van een

1) ERN. VALABRÈGUE, de la loi diffamari, ou de l'action de jactanse in Revue Critique, t. XVII, p. 48.
2) T. a. p. nt. 16.

bijzonder middel ten behoeve van den een medebrengt dat een ander daardoor in zijne rechten wordt verkort, en dat niet in een recht om dit of dat middel aan te wenden, maar in de vrije beschikking over zijn recht, de vrije beoordeeling of en wanneer hij het wil handhaven. Dat kan nauwelijks noodzakelijk zijn; nimmer kan het door wat men „la nature des choses" gelieft te noemen worden gevorderd.

Het stilzwijgen door den wetgever over de passieve tusschenkomst blijft een groot bezwaar voor hare toelating. Is dat stilzwijgen het gevolg daarvan, gelijk BOURBEAU *) beweert, dat de derde geroepene altijd verweerder is en de oproeping, als zijnde een demande principale, te zijnen aanzien de eerste akte van vervolging, zoodat er geen sprake van kon zijn in den titel des Incidents, dan ligt het antwoord voor de hand dat de wetgever niet aan dien titel gebonden was, maar er in een anderen titel over had kunnen handelen of aan het onderwerp een afzonderlijken titel had kunnen wijden. Dat het overigens niet zoo geheel ondoenlijk ware geweest er in den titel: des incidents over te handelen, bewijzen de latere ontwerpen.

Zoo blijft over het eenige argument: De toelating van de tierce opposition brengt van zelf de toelating mede van de intervention forcée. Wat DALLOZ er nog bij voegt „l'intervention forcée est la conséquence de l'intervention volontaire, les deux droits sont corrélatifs", is niets meer dan eene phrase; eene logica, die zich buiten de werkelijkheid beweegt, louter speculatief is. Omdat ik de bevoegdheid heb mijn beweerd recht te doen gelden bij gelegenheid van en in een geding waarin daarover tusschen anderen strijd wordt gevoerd en mij dus naast het algemeene middel van zelf een proces aan te vangen dit bijzondere wordt toegekend om tot hetzelfde doel te geraken, daarom moet gij een middel hebben om mij te dwingen daartoe dat ik van dat bijzonder middel gebruik maak op den tijd en bij de gelegenheid, die niet mij maar u 't best schikt! Vatte het, wie het vatten kan!

Waarom brengt de toekenning en regeling van het derde verzet de stilzwijgende erkenning mede van de passieve tusschenkomst? Omdat hij aan wien het recht van derde verzet toekomt, daarin het middel heeft om de gevolgen van een tusschen anderen gewezen vonnis te verstoren, daarom moet hij opgeroepen kunnen worden in het tusschen die anderen aanhangig geding, opdat hij dáár zijn recht doe gelden, het vonnis ook voor hem verbindend worde en daardoor het derde verzet

*) T. a. p. Zie ook DALLOZ, t. a. p. n° 143.

worde uitgesloten. Wordt hier niet om dezelfde reden, vroeger door mij aangevoerd, het nemo invitus agere cogatur geschonden? Is mij het middel van derde verzet niet toegekend omdat een vonnis tusschen anderen gewezen mijn recht benadeelt? Is het derhalve niet een middel mij naast andere gegeven tot handhaving van mijn recht? Een ander middel is de tusschenkomst in een tusschen anderen hangend geding. Ook daarvan gebruik te maken staat toch zeker aan mij wanneer ik dat goed vind, want ik heb de vrije beschikking over mijne rechten en beoordeel zelfstandig of ik ze al of niet wil handhaven. Waarom moet ik nu bij uitzondering tot het gebruik van dit middel gedwongen worden? Om mij het middel van derde verzet al bij voorbaat uit de hand te slaan word ik gedwongen mijn recht langs een anderen weg te doen gelden!

Wanneer men de gronden voor eene „assignation en déclaration de jugement commun" eenigszins uitvoerig gaat ontwikkelen, dan komt de onhoudbaarheid van het middel eerst recht aan het licht. Men oordeele! „Aangezien het vonnis, dat tusschen mij en Cajus zal worden gewezen, u in uw recht zal kunnen benadeelen; aangezien het daarom voor mij wenschelijk is dat het vonnis ook voor u verbindend zij, zoo roep ik u op om uw recht, waardoor gij het mijne zoudt kunnen bestrijden, in dit zelfde geding te doen gelden en dientengevolge het te vellen vonnis ook voor u verbindend te hooren verklaren." Let wel, dat de derde niet alleen gedwongen wordt om zijn recht te doen gelden, wat eene schending is van zijne vrijheid in de beschikking over hetgeen hem toekomt, maar dat hij dit zelfs zal moeten doen, omdat een tusschen anderen nog te wijzen vonnis zijne rechten zal kunnen [1]) benadeelen! En dit terwijl hij anders rustig dat vonnis kan afwachten en zien wat hem dan zal te doen staan. Hij kan wachten totdat hij benadeeld is door een vonnis; dan wordt hem daartegen een bijzonder middel gegeven, maar als een ander 't voor zich gemakkelijker en eenvoudiger vindt om hem eerder en bij eene andere gelegenheid zijn recht te doen gelden, zal het aan dezen staan om hem van dat bijzonder middel te versteken! Zal men dan, terwijl het toelaten van een bij de wet onbekend bijzonder rechtsmiddel op zich zelf aan gewichtige bedenking onderhevig is, stilzwijgend toegelaten achten een middel als de gedwongen tusschenkomst, welks toelating een hoofdbeginsel van het procesrecht schendt en dit doet op eene zoo onredelijk mogelijk wijze? Zal men kunnen aannemen

1) Men lette er wel op dat het niet eens zeker is of het vonnis in dien zin zal gewezen worden dat het werkelijk de rechten van den derde benadeelt.

dat het middel van derde verzet, hetwelk zelf reeds eene zoo problematieke waarde heeft, stilzwijgend zou medebrengen het bestaan van een rechtsmiddel dat van alle innerlijke waarde is ontbloot? een middel dat, wanneer het door de praktijk wordt verdedigd en onder de vlag van vereenvoudiging der procedure wordt gehandhaafd, op een misgewas wijst van eene eenzijdige, zich om het recht zelf niet bekommerende praktijk en daardoor alle aanspraak op het gezag van eene eerbiedwaardige traditie verliest?

De Heer VALABRÈGUE [1]) zag het zeer juist in dat wij hier met eene uitzondering op het „invitus agere nemo cogatur" te doen hebben. Maar ik vraag, hoe kan die uitzondering gerechtvaardigd zijn zonder uitdrukkelijke bepaling van de wet? en wat geeft hem recht tot de beperking: „Ce droit — est absolument restreint au cas où celle-ci aurait le droit de former tierce opposition au jugement qui serait rendu, en son absence." Is die beperking niet even willekeurig als de uitzondering zelve? Maar daarmede houdt de willekeur niet op.

Wanneer de meeste rechtsgeleerden beweren dat de oproeping ook voor het eerst in appèl kan plaats hebben, omdat de derde recht zou hebben tot derde verzet tegen het vonnis in appèl en daartegen dus zou kunnen opkomen bij den rechter, die dit vonnis in appèl wees; terwijl hij dus niet wordt beroofd van eene instantie, dan bestrijdt DALLOS [2]) dit gevoelen omdat het derde verzet wezenlijk facultatief is. Want, terwijl iemand als derde zich verzettende vrijwillig van een aanleg kan afzien, mag hij daartoe niet gedwongen worden door eene „assignation en déclaration de jugement commun." Wordt daarmede niet het rechtsmiddel zelf veroordeeld? Of waarom hier zoo scrupuleus de vrijheid van den opgeroepene te berde gebracht, van welke vrijheid het rechtsmiddel de negatie zelve is [3])?

Toch is de jurisprudentie op dit laatste punt verdeeld. De inconsequentie, waartoe DALLOZ en anderen zich tegen wil en dank laten verleiden bij de toepassing van het middel, bewijst ook al niet voor zijne deugdelijkheid

---

1) T. a. p.

2) T. a. p. n. 147 en 148.

3) Het is dan ook moeilijk te begrijpen, hoe bijv. BERRIAT t. a. p.p. 399 en CARRÉ t. a. p. Q. 1722 de gedwongen tusschenkomst kunnen verdedigen om het derde verzet te voorkomen en bij de behandéling van dit middel uitdrukkelijk te verklaren dat men er geen gebruik van behoeft te maken; dat hij zich eenvoudig op de tot de partijen beperkte kracht van het vonnis kan beroepen. CARRÉ schijnt t. a. p. de contradictie gevoeld te hebben; maar spreekt daarmede tevens de veroordeeling van de gedwongen tusschenkomst uit, als hij zegt: „le droit de le contraindre à cette intervention n'est établi qu'en faveur de la partie intéressée" etc. Zulk een eenzijdige bevoorrechting buiten uitdrukkelijke wetsbepaling?

en de consequentie der tegenstanders brengt nog te meer de schending van het meermalen genoemd beginsel van procesrecht aan het licht.

Het gevoelen van de door mij besproken fransche schrijvers vindt men met of zonder argumenten, in ieder geval zonder dat iets nieuws daarover gezegd wordt, bij RAUTER, Cours de pr. fr. n. 235, BONNIER, Elemens de pr. civ., n. 723, MOURLON, Répétitions écrites sur l'org jud., la comp. et la procédure, 5e. uitg. van NAQUET, n°. 565, GARSONNET, Traité théor. et prat. de procédure etc., § 386 en vooral § 394, t. II, 689, 722. [Voorts, ook naar aanleiding van dit mijn opstel, TISSIER Théorie et pratique de la tierce opposition Paris 1890 bl. 229—239, die evenwel de tot rechtvaardiging van het middel aangevoerde argumenten met mij niet concludent acht. Zie hierboven Dl. III bl. 39.]

Zoude soms de wijze, waarop in ons wetboek het verzet door derden geregeld is, op het verband met de tusschenkomst in dien zin wijzen, dat daaruit met meer recht, dan uit art. 474 C. de pr. tot de stilzwijgende toelating van de passieve tusschenkomst kan worden besloten? Art. 376 B. R. kent het recht aan derde benadeelden toe, indien zij in het rechtsgeding niet zijn geroepen of door voeging of tusschenkomst geene partij zijn geweest. Zou dat geroepen, naast tusschenkomst en voeging, waarmede niet anders dan de vrijwillige tusschenkomst kan bedoeld zijn, op de gedwongene tusschenkomst zien? Als aan dat geroepen geene andere beteekenis kan worden gegeven dan in die tegenstelling, ware 't iets anders, maar nu slaat het in de eerste plaats op de langs den gewonen weg door dagvaarding geroepenen. De in een tusschen anderen hangend geding tot tusschenkomst geroepene zou evengoed onder degene, die door voeging of tusschenkomst geene partij zijn geweest, als onder de geroepene begrepen kunnen worden, indien eens is uitgemaakt, dat de gedwongene tusschenkomst mag aangenomen worden.

Zal men uit die uitdrukkelijke vermelding van voeging of tusschenkomst kunnen besluiten tot een zoo nauwe verwantschap tusschen de tusschenkomst en het derde verzet, dat daaruit tot de stilzwijgende onderstelling van de gedwongene tusschenkomst mag worden besloten? Ook dit geloof ik niet. Men zou zich m. i. alleen door een bij voorbaat aangenomen bestaan van de gedwongene tusschenkomst tot deze gevolgtrekking laten verleiden. De wetgever heeft niet anders gewild dan het fransche artikel 474 verduidelijken en van het derde verzet, overeen-

komstig de bedoeling van dat artikel, uitsluiten allen, die op eenigerlei wijze partij in het geding geweest zijn.

Ook zegt het artikel niet dat ieder, die zich had kunnen voegen of tusschenkomen en dit niet deed, derde verzet heeft, maar alleen dat wanneer hij zich voegde of tusschenkwam, hij dan het middel niet kan aanwenden, omdat dan voor hem het vonnis verbindend is evengoed als voor de hoofdpartijen.

Voorzoover men zich, bij de beraadslaging over het derde verzet, over de tusschenkomst uitliet, schijnt men aan de gedwongen tusschenkomst niet gedacht te hebben en scheen de Regeering deze zelfs uitgesloten te achten. „Het is wel waar dat nu een ieder" dus de Regeering bij v. d. Honert bl. 409, „zich voor zijn belang in een geding door een ander gevoerd, kan voegen of tusschenkomen, maar behalve dat dit eene vrijwillige daad is, waartoe de wet niemand verplicht", enz. Doch dit is niet duidelijk genoeg om er voor mijne stelling een argument aan te ontleenen.

Het komt mij, na dit alles overwogen te hebben, weinig twijfelachtig voor, dat de gedwongen tusschenkomst evenmin onder onze wetgeving als onder de fransche toegelaten mag worden en dat de praktijk, die de traditie welke haar toegelaten achtte bestendigde, is in strijd met de wet.

Ik zal niet lang stilstaan bij de vraag, of de wettelijke regeling van dat rechtsmiddel wenschelijk geacht kan worden. Het zou al onmisbaar moeten blijken te zijn, om den wetgever de daardoor teweeggebrachte schending van het „nemo invitus agere cogatur" te veroorloven. De ontstentenis van het middel doet geene gaping in de wetgeving ontstaan en geen geval is mij voorgekomen dat zijne onmisbaarheid zou hebben bewezen. Nog minder zijne wenschelijkheid, indien men maar niet de belangen van ééne partij uitsluitend in het oog houdt, maar op die van allen let. En dát is is zeker des wetgevers plicht.

Gaat men de jurisprudentie na, dan ontwaart men zelfs, dat de gedwongen tusschenkomst werd toegepast, zonder dat er eenige noodzakelijkheid voor dat middel bestond en dat ook door de schrijvers voorbeelden worden aangehaald van vele gevallen, waarvoor zij te pas zou komen en waarin zij niet zou mogen dienen. Wat het eerste punt betreft beroep ik mij op het eerste door Merlin [1]) breedvoerig behandelde

1) T. a. p. sub. III.

geval en dat nog bovendien dienst moet doen om de gegrondheid te staven van eene oproeping tot tusschenkomst voor het eerst in appèl.

Ik geef het geval terug met de woorden van MERLIN zelven; het is niet korter en duidelijker te doen.

„Le 24 floréal an 13, M. TAFFIN, juge à la cour d'appel de Douai acquiert du sieur DELABARRE une ferme située à Rombies, près Valenciennes, et s'oblige par le contrat d'en payer le prix à la décharge du vendeur au sieur SERRET, créancier hypothécaire, inscrit sur cet immeuble. Le 15 janvier 1806 le sieur DAOUST, curateur à la faillite du sieur DELABARRE, fait signifier à M. TAFFIN un exploit portant „défense de se dégarnir d'aucune somme ou deniers provenant de la vente dont il s'agit sans préjudice aux droits de propriété des biens vendus du chef du sieur DELABARRE dans l'exercice desquels droits ledit curateur entend rester entier au nom de ses commettans."

„Le 22 février suivant, le sieur SERRET fait commandement à M. TAFFIN de lui payer le principal et les intérêts de sa créance."

„Le 17 mars de la même année M. TAFFIN fait assigner le sieur SERRET au tribunal civil de Valenciennes pour voir dire qu'il sera reçu opposant au commandement du 22 février et que toute poursuite en expropriation forcée demeurera suspendue, jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la saisie-arrêt du sieur DAOUST, aux offres qu'il fait soit de payer à qui par justice sera ordonné et en le faisant ainsi prononcer avec le sieur Daoust, soit de consigner subsidiairement; voir ordonner aux parties d'en venir avec le dit Daoust, partie saisissante, à l'audience qui sera désignée, toute chose demeurant en état."

De rechtbank passeerde eenvoudig den eisch van TAFFIN tot oproeping van DAOUST, oordeelende, naar 't schijnt, dat daarop niet gegrond kon worden eene voorloopige afwijzing van de uitwinning, vervolgd door SERRET, en verklaarde dezen gerechtigd daarmede voort te gaan.

TAFFIN komt van dit vonnis in appèl, verlangt alsnog dat de curator in het geding zal worden opgeroepen vanwege den schuldeischer SERRET opdat, ook op tegenspraak van dien curator, op de opheffing van het door SERRET gelegd beslag zal worden recht gedaan. Het hof beveelt die oproeping en laat TAFFIN toe tot consignatie der gevorderde som. De curator verklaart er niet tegen te hebben dat de gelden door TAFFIN worden uitbetaald, met voorbehoud van zijn recht om de nietigheid van den koop te eischen, maar beweert dat over die nietigheid in dit geding niet mag worden geoordeeld, dewijl de daartoe strekkende vordering aan

de beide instantiën moet onderworpen blijven en dus niet voor het eerst in appèl mag worden beoordeeld.

Het Hof gelast den curator op de nietigheid van den koop te pleiten, dewijl deze de grond is voor het door hem gelegd beslag, en verstaat dat het Hof reeds nu bevoegd is daarover te oordeelen, omdat het niet de schuld is van den appellant, dat deze vraag voor het eerst aan 's Hofs oordeel wordt onderworpen, maar van de rechtbank, die ten onrechte de oproeping van den curator niet beval. Overigens kon de opheffing van 't beslag, met voorbehoud van de actie tot nietigverklaring van den koop, niet worden toegestaan, als zijnde het laatste met de eerste in strijd.

Na toelichting van de vordering des curators au fond, achtte het Hof het door hem gelegde arrest ongegrond en handhaafde definitief de provisioneele betaling, door TAFFIN aan den schuldeischer gedaan.

De vraag is: was de door TAFFIN in eersten aanleg verlangde oproeping van den curator noodzakelijk? Lag daarin een gegronde verdediging tegen de uitwinning van SERRET? Immers neen! Want SERRET ageerde als deugdelijk ingeschreven hypothecair schuldeischer en, afgezien van het koopcontract waarbij TAFFIN zich verbond om met den koopprijs SERRET af te betalen, had deze laatste het recht om de zaak tot voldoening van zijne vordering onder TAFFIN als derden bezitter uit te winnen, terwijl deze daaraan niet kon ontkomen dan door te betalen. MERLIN beweert dat de rechtbank op de vordering van TAFFIN om den curator op te roepen recht had moeten doen. Want, zegt hij: „M. TAFFIN ne pouvait pas simultanément subir de la part du sieur SERRET des poursuites en expropriation forcée et de la part du sieur DAOUST une saisie-arrêt motivée sur la prétendue nullité de son acquisition." Ik vraag waarom niet? Wat doet hem die „prétendue nullité de son acquisition"? beweerd bij eene aanmaning, maar niet eens vervolgd bij eene dagvaarding tot nietigverklaring van het contract? Welke rechten kon in ieder geval de curator beweren te hebben op de gelden, waarmede TAFFIN de hyp. schuld zou afbetalen, welker bestaan niet betwist werd en onbetwistbaar scheen? Kon het nu al voor TAFFIN eene vereenvoudiging te weeg brengen in de procedure die hij wilde voeren, dat hij met zijn verzet tegen de executie verbond eene tegen een ander ingestelde actie tot opheffing van arrest op grond van de nietigheid van zijn titel van acquisitie, hoe is het mogelijk daarmede te rechtvaardigen de verwikkeling die de executie door SERRET bestierd daardoor onderging, zoo zelfs dat deze daarmede zou moeten wachten totdat

over de geldigheid van het beslag door den curator gelegd beslist was, daar toch het recht des hyp. schuldeischers daarvan in geenen deele afhankelijk was?

Op zichzelf was dus die gedwongen interventie hier volstrekt niet gemotiveerd. Maar aangenomen dat zij, in 't algemeen toegekend, hier kon te pas komen, dan moest het wezen op grond daarvan dat de curator tegen het te wijzen vonnis in derde verzet zou kunnen komen. Zou die curator daartoe in dit geval het recht hebben gehad? Ja, beweert MERLIN: „Parce qu'autoriser le sieur SERRET à exproprier M. TAFFIN, c'eût été juger que M. TAFFIN était propriétaire; c'eût été juger que la vente du 24 floréal an 13 était valable; c'eût été juger que la saisie-arrêt du 15 janvier 1806 était nulle."

De eerbied dien ik heb voor het gezag van MERLIN, om zijne uitnemende rechtskennis wèl gevestigd, kan mij niet beletten te zeggen, dat ik van deze drie beweringen de eene even onjuist vind als de andere. Neen! het Hof had daarmede niet uitgemaakt dat TAFFIN eigenaar was geworden, maar alleen dat hij als derde bezitter verplicht is de uitwinner wegens eene hyp. schuld te ondergaan; het Hof had daarmede niet uitgemaakt de geldigheid van den koop, omdat de nietigheid noch de geldigheid van dezen kan maken dat TAFFIN geen derde bezitter was op 't oogenblik dat SERRET tot executie procedeerde; het Hof zou eindelijk ook niet hebben uitgemaakt dat het beslag, den 15 Januari 1806 door den Curator gelegd, nietig was, maar alleen dat TAFFIN zich daarop niet kon beroepen om de executie af te weeren, dewijl geen inbreuk kon worden gemaakt op, en geen belemmering kon worden aangebracht in de executie van den hyp. schuldeischer.

Was er dus in dit proces geen behoefte aan het middel van gedwongen tusschenkomst voor hem die het wilde gebruiken, het was evenmin, aangenomen dat de wetgever het middel had erkend, door de daarvoor aangevoerde gronden gerechtvaardigd in dit proces. Maar er is meer! Zijne aanwending beroofde bovendien de tot tusschenkomst gedwongen partij van eene instantie. Want de curator was in eersten aanleg niet opgeroepen; hij werd dit eerst in appèl.

Wanneer MERLIN daarop antwoordt dat dit niet anders kon, omdat het de schuld niet is van den eischer maar van den eersten rechter, welke de door hem gevraagde oproeping weigerde, en dat den eischer dus niet anders overbleef dan hetzelfde van den rechter in appèl te verlangen, dan is mijne eerste bedenking deze: Waar staat het geschreven, dat het recht, dat aan beide partijen toekomt op twee instantiën, naar

het belang van éene en nog wel naar dat van den eischer wordt gewijzigd, zoodat het ten behoeve van den eischer aan den gedaagde wordt ontnomen? Zou dan niet de rechter in appèl het vonnis vernietegende op grond dat de „mise en cause" van den opgeroepene had moeten worden toegewezen, de zaak hebben moeten verwijzen naar den eersten rechter om alsnog met inachtneming van 's Hofs arrest beter te vonnissen?

Het schijnt van neen. Het schijnt dat alle regelen van procedure moeten worden ondergeschikt gemaakt aan de toepassing van die indringster: de gedwongen tusschenkomst.

Ten behoeve daarvan vindt MERLIN de leer uit, dat de noodzakelijkheid van de twee trappen van de rechtspraak alleen algemeen is voor de zaken; met opzicht tot de personen bestaat daarop volgens hem eene uitzondering. Eene uitzondering van welke al dadelijk gezegd wordt dat zij is „aussi notoire que juste et sage!"

Die uitzondering vloeit dan daaruit voort dat de partij, die in den eersten aanleg niet was geroepen, de bevoegdheid heeft om in appèl tusschen te komen, indien zij tegen het in appèl te wijzen vonnis het middel van derde verzet zou kunnen aanwenden (art. 466 C. de pr.), terwijl die bevoegdheid om tusschen te komen noodzakelijk medebrengt de bevoegdheid van de partijen in het geding om dien derde tot tusschenkomst te dwingen. „Et en effet, le droit qu'a d'intervenir en cause d'appel la partie qui pourrait attaquer par tierce opposition le jugement à rendre, entraîne nécessairement, pour les parties principales, le droit de la forcer d'intervenir effectivement lorsqu'elle ne le fait pas d'elle-même; l'un est absolument corrélatif à l'autre."

Zoo moet ook hier ten behoeve van die gedwongen tusschenkomst het beginsel dienst doen dat de bevoegdheid om van een middel gebruik te maken, de verplichting daartoe medebrengt in strijd met het fundamenteele beginsel, dat de handhaving der burgerlijke rechten beheerscht, en waarover ik hierboven genoeg meen gezegd te hebben. MERLIN beroept zich hier voor het hof van Cassatie op het gezag van een vroeger door dat Hof gewezen arrest en zijne redeneering werd, gelijk wij zagen, door alle volgende schrijvers nageschreven. Daarin ligt dan het bewijs dat de uitzondering is notoire; maar waarmede wordt het bewijs geleverd, dat zij is juste et sage? Daarmede dat het eigenlijk geene uitzondering is!

MERLIN toch gaat verder en vraagt: hoe het mogelijk is dat men meene dat aan de dus tot tusschenkomst in appèl gedwongene partij

een trap van jurisdictie ontnomen wordt. Immers, zegt hij, wanneer zij nà 't gewezen arrest daartegen in derde verzet mocht willen komen, zou zij dit ook bij 't Hof moeten doen. „On ne fait donc", dus besluit hij, „en la mettant en cause, que hâter le moment de sa comparition directe et immédiate devant la cour d'appel." Heeft die partij zich dan volstrekt niet te beklagen, dat zij niet vrij is in de keuze der middelen. die haar tot handhaving harer rechten gegeven zijn, en dat zij gedwongen wordt tot het aanwenden van een nergens geregeld middel, omdat dit een ander voor de handhaving van zijn recht beter uitkomt, en op een tijd, dat het niet haar maar dien ander het beste schikt?

Wordt ook hier niet om dat wonderlijke rechtsmiddel te rechtvaardigen de ééne ketterij met de andere goedgemaakt? Waarlijk ook hier kan men zeggen: „en fait d'hérésie il n'est que le premier pas qui coûte!" [1]

Carré [2]) geeft als voorbeeld van gevallen, waarin de gedwongen tusschenkomst te pas komt, en anderen schreven dit na, het volgende: Een huis, dat door meerdere personen onverdeeld bezeten wordt, wordt door een ander opgevorderd; wanneer hij die het opvordert zijne actie tegen één van de bezitters mocht hebben ingesteld, dan kunnen de andere medebezitters, die het recht zouden hebben om tegen het te wijzen vonnis in derde verzet te komen, opgeroepen worden „en déclaration de jugement commun."

Komt in dit geval die „assignation en déclaration de jugement commun" te pas of doet zij ook hier niet anders dan den regelmatigen gang van het proces verbreken en verwarring stichten in de uit den aard van der partijen toestand aan ieder toekomende rechtsmiddelen? Ik geloof het laatste. Immers, wanneer in het aangegeven geval de revindicatie is ingesteld tegen één van de bezitters, terwijl allen te zamen, tengevolge van hun onverdeeld bezit, houders van de zaak zijn, dan is de vordering niet tegen alle houders ingesteld en kan het veroordeelend vonnis niet tot het gewenschte resultaat voeren, dewijl de ontruiming van een dier houders den eischer niet helpt. Dan is de vordering niet-ontvankelijk en dit middel kan niet krachteloos gemaakt worden door eene verbeterde dagvaarding. De oproeping van de overige

---

1) Dit komt nog meer uit als men bedenkt dat, ofschoon dan de regelen van procedure voor de intervention gegeven hier toepasselijk zouden zijn, men toch noodzakelijk voor de inleiding der instantie een dagvaarding móet voorschrijven en uit den aard van de zaak art. 288 ook al niet toepasselijk acht. Duidelijk, dat men zich niet meer op het gebied van den uitlegger maar op dat van den wetgever bevindt.

2) T. a. p., Q 1271 nt. 2.

houders tot tusschenkomst ware dan eene ontduiking van de wet. — Werd de revindicatie ingesteld tegen één der bezitters, tevens houder der zaak, en dus tegen hem als houder, dan ligt het op den weg van dezen om zijne medebezitters, voor wie hij in zooverre houder is, daarmede in kennis te stellen, ten einde dezen de gelegenheid te geven niet alleen om tusschen te komen maar ook voor hun deel het proces over te nemen (arg. art. 1594 B. W.). Was de eischer met den toestand bekend vóór het proces, dan zou hij zeker zijne vordering kunnen richten èn tegen den houder èn ook tegen de overige bezitters om de ontruiming door den houder te gedoogen (arg. artt. 70, 71 B. R), maar heeft hij dit niet gedaan, dan blijft aan de medebezitters het recht om voor hun aandeel de zaak die hem mocht uitgekeerd zijn op te vorderen. De houder, medebezitter, was verplicht en had het recht zijne medebezitters in het proces te roepen, maar als men dat recht aan den eischer toekent, doet men dezen niet alleen ingrijpen in het recht van een ander, maar geeft men hem tevens de bevoegdheid om weder anderen te dwingen hun recht reeds nù te handhaven en dezen bij voorbaat te ontnemen de keus die zij anders zouden hebben tusschen de revindicatie en het derde verzet. Het is zeer goed mogelijk dat zij na het gewezen vonnis het gebruik van het eene noch het andere middel in hun belang zouden achten. Wij stuiten ook hier weder op de onbewezen stelling van MERLIN en van het Hof van cassatie, dat, wie derde verzet eventueel zou kunnen aanwenden, gedwongen moet worden tot tusschenkomst. Ik laat daar dat juist in een geval als het hier bedoelde de eigenaren het derde verzet niet behoeven, ja dat er zelfs reden bestaat om te vreezen, dat zij daarin niet-ontvankelijk werden verklaard. Aanleiding tot die vrees geeft althans een arrest van het Hof v. Cassatie van 5 Dec. 1834 bij DALLOZ, tierce oppositon, n°. 52, 2°.

Ik wees er hierboven op, dat het in deze en dergelijke gevallen slechts aankwam op den eersten stap. Zoo is het dan ook niet te verwonderen, dat men, eens die gedwongen tusschenkomst in het geding toelatende, het middel ging uitbreiden tot het geval dat het vonnis reeds is gewezen. Zoo leert BERRIAT [1]), en anderen volgen dit na, dat, als men verzuimd heeft den derden belanghebbende vóór de beslissing van het geding daarin op te roepen, men ook later tegen hem een eisch zou kunnen instellen om het

---

1) T. a. p. 234 nt. 17; CARRÉ, t. a. p. nt. 2; DALLOZ, no. 145; e. a. Zie ook bij ons OUDEMAN, t. a. p.

vonnis voor hem verbindend te hooren verklaren; 't verschil zou alleen daarin uitkomen dat men dan niet alleen met eene „demande principale" te doen had, maar dat zij tevens „introductive d'instance" zou zijn. Het is niet vreemd dat men ook hier al weder voortgaat met uitsluitend op het belang van den eischer te letten. Zoo GARSONNET[1]: „elle est encore recevable à cette époque, car celui qui la forme peut avoir intérêt à prévenir toute difficulté, et à se mettre à l'abri d'une tierce-opposition qui pourrait se produire ultérieurement; elle est cependant moins favorable qu'avant le jugement, car loin d'empêcher un nouveau procès, elle va au-devant de lui et le provoque en quelque sorte." En toch, in plaats van door deze opmerking tot inkeer te komen en zich het „invitus agere nemo cogatur" te herinneren, weet hij er geen andere gevolgtrekking uit te maken dan dat men hier te doen heeft met „une demande à tous égards principale et même introductive d'instance, et, par conséquent, soumise au préliminaire de conciliation."

„Celui qui la forme peut avoir intérêt à prévenir toute difficulté!" Is dan dit belang voldoende om er de aanspraak op een rechtsmiddel uit af te leiden? Hij die geen belang heeft, heeft geen actie, want „l'intérêt est la mesure des actions", maar vloeit daaruit voort, dat ieder vermeend belang door een actie beschermd wordt? Dat zoude toch een enorm misbruik zijn van het argumentum a contrario! Intusschen men schroomt ook dit hier niet.

Op het gebied der wetgeving heeft de traditie mede haar gezag uitgeoefend. De italiaansche wetgever heeft er geen bezwaar in gezien de gedwongen tusschenkomst in de wet op te nemen en zonder nadere bepaling aan beide partijen het recht toe te kennen ieder derde in het proces te roepen. Want of hij spreekt van „un terzo a cui creda commune la controversia" dan, zooals de fransche ontwerper, van „toute personne" zal wel geen verschil maken. Ook loopt de italiaansche wetgever den verkeerden weg tot het einde toe af; want, evenals 't fransche Ontwerp van 1866, kent hij aan den rechter de bevoegdheid toe om, wanneer hij het dienstig acht, ambtshalve de tusschenkomst van een derde te bevelen[2].

In het belgisch ontwerp van 1869 is ook de gedwongen tusschenkomst door eene uitdrukkelijke bepaling erkend. Zelfs ALLARD, de kundige rap-

1) T. a. p., p. 723 sv.
2) Cod. di proc. art. 203 en 205

porteur, bezweek hier met de Commissie voor de traditie, hoe zelfstandig zij zich anders menigmaal in hare voorstellen betoonde. Art. 19 van tit. V des incidents, de laatste bepaling van chap IV: de l'intervention, bevat dit voorschrift: „Lorsque l'une des parties en cause assigne un tiers en déclaration de jugement commun, elle devra dénoncer l'assignation par acte signifié à l'autre partie. Cette intervention forcée sera régie par les articles 17 et 18 cidessus". Alleen dus eene regeling van de in acht te nemen formaliteiten. Het middel zelf wordt als van elders bekend ondersteld. En die bekendheid berust alleen op de traditie. De toelichting bevestigt dezen gedachtengang. „L'art. 19", leest men daar, „consacre le principe de l'intervention forcée ou de la mise en cause, déjà reçu par la jurisprudence, malgré l'absence de tout texte dans le Code de 1806, et cela en vertu d'anciennes traditions basées elles-mêmes sur l'intérêt public. (BONNIER, Elem. de pr., n°. 723; CARRÉ et CHAUVEAU Q. 1271; C. ital. 203, 205)." Opmerkelijk evenwel is het, dat men van de toepassing ambtshalve niet wil weten in strijd met het ital. Wetboek a. 205. De Commissie houdt zich op dit punt aan de uitspraak van het Hof van Brussel van 29 April 1862, als alleen in overeenstemming met de beginselen van de burgerlijke rechtspleging. Zonderling klinkt het, na 't geen voorafgaat, tot adstructie daarvan te lezen: „Le tribunal ne peut pendre aucune mesure d'office, à moins que l'ordre public n'y soit intéressé" [1]). Zoo laat dat intérêt public toe in 't eene wat het verbiedt in het andere geval!

In de Civilprozessordnung voor het Duitsche Rijk is van de interventio necessaria geen sprake. Niet dat in Duitschland dit misgewas van de praktijk onbekend zou zijn. In de pruisische Gerichtsordnung en andere wetgevingen, ook in ontwerpen van lateren tijd, was zij als „Adcitation" bekend en zelfs de toepassing van het middel aan den rechter uit kracht van zijn ambt vrijgelaten. Maar, terwijl MARTIN reeds in de tweede uitgaaf van zijn Lehrbuch (1805), de geldigheid van het middel bestreed [2]), werd zijne onhoudbaarheid door MITTERMAIER in het Archiv f. d. civ. Praxis [3]) in het helderste licht gesteld. Sedert vond het weinig verdedigers meer en het gezag van de vroegere dwaalleer werd erkend doch meteen vernietigd in de bürgerliche Prozessordnung van Hannover (1850) door de uitdrukkelijke bepaling van § 42 met het opschrift

---

1) Revision du Code de proc. (extrait des Docum. parlem. 1896—70) p. 70.

2) Zie § 306 in de 13e uitg. van MARTIN's Lehrbuch, bezorgd door zijn zoon Dr. TH. MARTIN, alwaar ook latere literatuur wordt aangehaald, terwijl een korte ontwikkeling van de in § 306 opgenomen stelling gegeven wordt in MARTIN's Vorlesungen, II, S. 429.

3) III, S. 31.

Adcitation: „Zwang gegen einen Dritten zur Theilnahme an einem Rechtsstreite ist unzulässig." In het werk van LEONHARDT, den bekenden auteur van het hannoversche wetboek [1]), wordt, in de aanteekening op deze § 42, behalve naar de straks genoemde verhandeling van MITTERMAIER nog verwezen naar eene verhandeling van BRAUER [2]), waarin, met inhaesie aan MITTERMAIER's betoog, ook eene, door dezen nog toegelatene, oneigenlijke Adcitation bestreden wordt. In de werken van de latere processualisten als BAYER [3]) en OSTERLOH [4]) wordt van het meergenoemde rechtsmiddel alleen gehandeld om zijne onhoudbaarheid aan te toonen. Zoo behoefde dan ook de Duitsche wetgever er geen melding meer van te maken. En alleen in de „Begründung des Entwurfs" wordt er op gewezen dat het de „Beiladung" stilzwijgend voorbijgaat, als in 't algemeen evenmin toe te laten als de zich in de fransche praktijk ontwikkeld hebbende „intervention forcée" [5]).

Het rechtsmiddel, dat ik in deze bladzijden bestreed, levert zeker een merkwaardig voorbeeld op van de macht der traditie op het gebied der burgerlijke rechtspleging; eene macht, die haar allerminst kan worden toegekend zooals zij zich hier vertoont, waar zij zich doet gelden naast en buiten de wet. Zij schept een rechtsmiddel of houdt dit althans in stand en weet voor dat rechtsmiddel eene regeling der voor zijne toepassing noodige formaliteiten voor te schrijven bij analogie, eene analogie die uit den aard der zaak op dit gebied slechts zelden kan te pas komen en bepaaldelijk alleen dan wanneer het vaststaat, dat er een rechtsmiddel gegeven is en alleen de regeling van de wijze, waarop het moet worden aangewend, ontbreekt.

Komt het ook hier niet weder duidelijk uit, op welk een verkeerden weg de processualist zich begeeft, wanneer hij, bij het zoeken naar de regelen der rechtspleging, hun nooit straffeloos te miskennen verband met het materiëele recht uit het oog verliest? [6]) De verwaarloozing van

---

1) Die bürgerl. Prozessordnung und deren Nebengesetze, 3e Aufl. Hannover 1861, S 45.

2) Archiv f. d. Prax XXIII, S. 342.

3) Vorträge über den Civilprozess, 10e uitg. München 1896, S. 142 f.

4) ROB. OSTERLOH, Lehrb. des Civilpr. II, § 176.

5) ad. tit. IV. (B. I, afd. 3) a. h. e. sub. VI, S. 118.

6) Over dit punt en de heerschappij der traditie maakte ik enkele opmerkingen bij de aanbieding van het IIIe deel van mijn Procesrecht aan de Kon. Akademie v. W. Zie Verslagen en mededeelingen, afd. Letterkunde. 3e Reeks IV, bl. 342 vv. Zie ook de voorrede van dezen tweeden druk. Meer opzettelijk handelde ik daarover in eene voordracht opgenomen in die Verslagen VI. bl. 10 vv.

dit verband doet zich gevoelen met opzicht tot de wijze, waarop zoo menig onderwerp, dat ik in het IIIe deel van het Nederlandsch burgerlijk procesrecht behandelde, door meer dan één voor mij behandeld werd. Dus bij de voeging en tusschenkomst, bij de vrijwaring, bij de z.g. ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen, bij de schorsing en hervatting van het geding. Bij het in dit opstel behandelde onderwerp doet zich in 't bijzonder gevoelen het gemis van algemeene bepalingen over wat wij het actiënrecht plegen toe noemen, waaraan in het ontwerp B. W. 1820 eene plaats was gegeven, en voor welks regeling te vergeefs in de Tweede Kamer werd gestreden door FOCKEMA en BEELAERTS v. BLOKLAND en niet het minst, buiten de Kamer, door mijn leermeester NIENHUIS.

Wel ben ik in dit opstel uitgegaan van de onderstelling, dat het ontbreken van eene bepaling, die de vrijheid in de handhaving der burgerlijke rechten uitdrukkelijk erkent, niet kan beletten dat die vrijheid in de wet is gehuldigd en ik geloof niet dat iemand mij in dit opzicht zal tegenspreken; maar zou het „nemo invitus agere cogatur" zoo licht vergeten worden, als wij in de wet eene bepaling aantroffen als in art. 3182 van het Ontwerp 1820? „Niemand kan verpligt worden van deze hem toekomende bevoegdheid (om zijn recht te handhaven en zich het genot daarvan te verzekeren) gebruik te maken, dan voor zooverre de wet aan dengenen, tegen wien het vermeende regt zou toekomen, het vermogen toekent, om den anderen te dagvaarden, om zijn regt te doen gelden of zich daarvan door den regter verstoken of vervallen verklaard te zien." Zou door zoodanige bepaling niet de toelating van een gedwongen tusschenkomst, buiten wettelijke bepaling, zijn uitgesloten?

Ook ware een bepaling als die van het eerste lid van artikel 3183 niet overbodig: „Het niet gebruik maken der in art. 3181 vermelde bevoegdheid kan nimmer door den regter uit kracht van zijn ambt vervangen worden. Deszelfs uitspraak bepaalt zich alleen tot hetgeen door de partijen aan zijne beslissing onderworpen wordt." Want, al volgt het ook nu uit andere bepalingen der wet duidelijk genoeg, het uitdrukkelijk voorschrift bleef tevens voor den wetgever een aanwijzing van de grenzen, binnen welke hij zich te bewegen heeft, en zeker zou hij dan min gereedelijk er toe komen om, als het fr. ontwerp van 1866 of de italiaansche wetgever van 1865, den rechter de bevoegdheid toe te kennen om ambtshalve derden in een proces tusschen anderen gevoerd te doen oproepen.

Stonden de hier door mij herinnerde voorschriften in de wet, de

wetgever zou er zelfs niet aan kunnen denken om, eenvoudig geleid door de leuze van vereenvoudiging der procedure, een middel te erkennen en toe te kennen in zoo algemeene termen dat het, al mocht er in sommige gevallen het proces door vereenvoudigd worden, in nog veel meer gevallen niet dan tot eene zeer ongewenschte verwikkeling van het proces aanleiding zou kunnen geven. Waar het gebruik van een middel wordt noodig geacht, mag de wetgever, bij het toestaan daarvan, niet voorbijzien het misbruik dat er van gemaakt kan worden.

Terwijl ik voor mij het middel van gedwongen tusschenkomst bij ons niet toegelaten en zijne opneming in de wet evenmin wenschelijk acht, komt mij in ieder geval de wijze, waarop het in het fransche ontwerp wordt toegelaten, volstrekt onaannemelijk en voor een geregelde procesorde hoogst nadeelig voor.

Ik heb het niet noodig geacht in (den eersten druk van) het derde deel van mijn Procesrecht bij de behandeling van de voeging of de tusschenkomst van dit middel te gewagen [1]). Eenvoudig te zeggen dat ik het niet toegelaten achtte, ware zonder beteekenis, en daarvoor naar DE PINTO te verwijzen ging, om boven aangevoerde redenen, ook niet. Tegenover de traditie moest wel een eenigszins breedvoerig betoog worden geplaatst. Ik geef dit hier en hoop bij die breedvoerigheid aan de grondigheid van mijn onderzoek niet te kort te hebben gedaan.

Naschrift bij de opneming van dit opstel in den tweeden druk. In de zaak waartoe betrekking heeft het arrest van het Hof te Leeuwarden van 4 April 1888 opgenomen in het W. van h. R. nº. 5602, schijnt de verweerder als middel van niet-ontvankelijkheid tegen den eisch zich daarop te hebben beroepen, dat de eischer derden, hier legatarissen, had behooren op te roepen om het vonnis voor hen gemeen te hooren verklaren. Het Hof had op zijn standpunt in dezen de vraag niet te stellen, of het middel tot gemeenverklaring van een vonnis in 't algemeen toegelaten was, maar had m. i. de verwering als reeds in zich zelve ondeugdelijk kunnen verwerpen. Ik heb althans bij het

---

1) Toen de aflevering van het Rechtsgeleerd Magazijn verscheen, waarin mijn vriend en ambtgenoot MOLENGRAAFF, bij de aankondiging van den eersten druk van het IIIe deel Procesrecht, niet ten onrechte op deze leemte wees, zond ik hem bijna tegelijkertijd dit opstel met verzoek om het in zijn Magazijn op te nemen. Het werd daarin opgenomen in den jaargang 1888 bl. 304 vlg.

door mij naar de toepassing van dit middel ingestelde onderzoek nimmer het gebruik daarvan als vermeermiddel aangetroffen. Neemt men aan dat het oproepen van derden en déclaration de jugement commun ambtshalve kan worden bevolen, dat zou zeker de verweerder des rechters aandacht daarop kunnen vestigen. Maar, aangezien de praktijk in Frankrijk althans, aan beide partijen het gebruik van het middel toekent, zal de verweerder er evengoed als de eischer gebruik van kunnen maken, wanneer hij dit in zijn belang acht, maar nimmer daarvan een middel van niet-ontvankelijkheid kunnen maken dat de eischer het niet aanwendde; want deze heeft ook zijn eigen belang zelf te beoordeelen.

BOEKDRUKKERIJ voorheen E. J. BRILL, LEIDEN.